Der Unterschied zwischen Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie im Strafrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Johannes Korgel
Gerichtsreferendar in Beuthen O./Schl.

Berichterstatter:
Dozent Dr. Frhr. v. Gemmingen-Hornberg

Heiligenstadt
Buchdruckerei Angelin Meier
1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken meines Vaters

Stoffeinteilung.

Erster Teil.

1.) Die Abgrenzung der Begriffe „Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie".
2.) Das Wesen der Unterscheidung.
3.) Der Ursprung der Begriffe.
4.) Die strafrechtliche Bedeutung der Unterscheidung, insbesondere ihre Gegner.

Zweiter Teil.

Der Unterschied zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie:
1.) im römischen Recht.
2.) in der Carolina.
3.) in den Strafgesetzbüchern der deutschen Länder im 19. Jahrhundert.

Dritter Teil.

Der Unterschied zwischen Gesetzesaualogie und Rechtsanalogie in der neueren Zeit.
1.) Die Frage der Zulässigkeit der Rechtsanalogie.
   a) Die Rechtsanalogie und das Führerprinzip.
   b) Die Rechtsanalogie und die Rechtseinheit.
   c) Die Rechtsanalogie und die Strafzumessung.
2.) Läßt § 2 n. F. StGB die entsprechende Anwendung von Gesetzen im Wege der Rechtsanalogie zu?
3.) Die Rechtsmittel gegen Analogieentscheidungen.

Einleitung.

Die seit 1933 erhobenen Forderungen nach Einführung der Strafrechtsanalogie auch zu Ungunsten des Rechtsbrechers führten zur Neufassung des § 2 StGB. Sowohl vor wie nach Inkrafttreten der Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935 behandelten zahlreiche Aufsätze das Analogieproblem, wobei die Begriffe „Gesetzesanalogie" und „Rechtsanalogie" eine nicht unbedeudente Rolle spielten. Während man in der strafrechtlichen Literatur der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und der letzten Jahrzehnte eine Abgrenzung der Analogie in Gesetzes- und Rechtsanalogie nur selten finden kann, sind in letzter Zeit beide Begriffe wieder getrennt behandelt worden.

Zweck dieser Arbeit ist, die beiden Analogieformen in ihren Zusammenhängen dogmengeschichtlich zu untersuchen und die Gegenwartsprobleme zu erörtern, die sich mit ihnen befassen.

Erster Teil.

1.) Die Abgrenzung der Begriffe „Gesetzesanalogie“ und „Rechtsanalogie“.

Unter Analogie versteht man die ausdehnende Anwendung des im Gesetz enthaltenen Prinzips auf einen Fall, dessen Tatbestand im Gesetz keine Regelung gefunden hat, der jedoch mit einem gesetzlich entschiedenen rechtsähnlich und wesensgleich ist. Dabei ist zu beachten, daß der Schwerpunkt nicht auf der äußeren Ähnlichkeit ruht, sondern auf der Wesensgleichheit des Grundes bei Gesetz und vorliegendem Fall.[1])

Je nachdem das aus dem Gesetz zu entnehmende Prinzip, das ausdehnend angewandt wird, aus einem einzelnen Rechtssatz oder aus einer Mehrzahl von Rechtssätzen erschlossen wird, spricht man von Gesetzesanalogie oder Rechtsanalogie.

Die Gesetzesanalogie nimmt also ihren Ausgangspunkt von einem bestimmten, im Gesetz geregelten Tatbestand. Der Grundgedanke dieses Gesetzes wird unter Außerachtlassung sämtlicher unwesentlicher Bestandteile herausgehoben und auf Fälle angewandt, die sich mit diesem Grundgedanken decken. Der gesetzlich geregelte und der zu entscheidende Fall sind daher im Wesen gleich; eine Verschiedenheit besteht nur noch in den Merkmalen, die als bedeutungslos ausgeschieden wurden.

Anders ist es bei der Rechtsanalogie. Sie geht nicht von einer konkreten Gesetzesbestimmung aus, sondern von einer Mehrzahl von Vorschriften, die im systematischen Zusammenhange ein gewisses Rechtsgebiet beherrschen; aus jenen wird zunächst das Rechtsprinzip abgeleitet, das den Gesetzgeber zur Regelung des gesetzlich bestimmten Falles veranlaßt hat. Ist dieser Grundgedanke gefunden und entwickelt, so wird er dann auf den zur Entscheidung vorliegenden Fall angewandt. Man kann die Rechtsanalogie als Analogie aus dem Geiste der Gesetzgebung bezeichnen.

Es hat in der Literatur nicht an Versuchen gefehlt, neben der Gesetzes- und Rechtsanalogie noch eine dritte Analogieform zu entwickeln. So macht Elster[2]) darauf aufmerksam, daß

---

[1]) Oertmann aaO. S. 26. — Vgl. die gute Begriffsbestimmung bei Enneccerus aaO § 53 II.

[2]) aaO. S. 5. — Vgl. auch Schütze aaO. S. 47.

neben der Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie, (Methode a und Methode b), noch eine dritte Methode c entwickelt werden müsse: Die Destillierung der Rechtssätze aus dem Sinn und Zweck nicht eines bestimmten Gesetzgebungswerks, sondern der ganzen „Rechtsordnung". Er meint aber selbst mit Recht, daß zu einer solchen Herleitung kein Bedürfnis vorhanden, und daß sie nur selten berechtigt sei, weil jedes Gesetz bestimmte Rechtsgedanken als abgeschlossene Rechtsmaterien enthalte.

Zasammenfassend ist zu sagen: Gesetzesanalogie bedeutet die ausdehende Anwendung einer bestimmten einzelgesetzlichen Regelung auf einen Tatbestand, der an sich nicht unter dieses Gesetz fällt, und für den auch sonst im Gesetz keine Regelung vorhanden ist, der aber mit der angewandten gesetzlichen Bestimmung wesensgleich ist.

Rechtsanalogie bedeutet die ausdehnende Anwendung eines mehreren Gesetzesvorschriften oder dem gesamten Gesetzgebungswerk zugrundeliegenden obersten Rechtsgedankens auf einen weder unmittelbar durch Gesetz geregelten noch mittelbar durch Gesetzesanalogie zu entscheidenden Fall, der diesem Rechtsgedanken entspricht.[1])

Zwei Beispiele sollen den Unterschied erläutern:

Der Wortlaut des § 46 des StGB läßt die Straflosigkeit des Versuchs nur dem Täter zugutekommen. Trotzdem muß diese Vorschrift analog auch auf Anstifter und Gehilfen Anwendung finden, damit auch diese in der Lage sind, durch Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse sich Straffreiheit zu verdienen; dafür sprechen sowohl Gründe der Billigkeit wie kriminalpolitische Erwägungen, die im Interesse der Rechtssicherheit eine Förderung des Rücktritts empfehlenswert erscheinen lassen. Ist der Teilnehmer selbst tätig geworden, um die kausale Bedeutung seiner bisherigen Mitwirkung zu beseitigen, (das ist notwendig, denn es kann nur eine entsprechende Anwendung des § 46 Ziff. 2 StGB erfolgen), so darf er nicht schlechter gestellt werden als der Haupttäter in der gleichen Lage.[2]) — Es handelt sich hierbei um einen Fall der Gesetzesanalogie: Ein einzelnes Gesetz wird auf einen rechtsähnlichen, gesetzlich nicht geregelten Tatbestand angewandt. Der Grundgedanke des analog angewandten und des gesetzlich nicht normierten Falles ist derselbe.[3])

---

[1]) Ackermann aaO. S. 5. — Merkel-Liepmann aaO. S. 361. — Schem aaO. S. 4f. — Eick aaO. S. 30. — Kohlrausch aaO. § 2 IV 3.

[2]) Ackermann aaO. S. 26. — Becker GS 106 S. 434. — Finger aaO. S. 320. — Dahlen aaO. S. 82. — RGSt. 47/360; 59/412.

[3]) Vgl. auch die Entscheidung des Reichsgerichts in Band 70/369, die einen Fall der strafbegründenden Gesetzesanalogie enthält: Die Vortäuschung strafbarer Handlungen ohne Verdächtigung einer bestimmten

§ 3 JGG und § 58 StGB lassen den Grundgedanken des Strafgesetzbuches erkennen, daß Täter, denen es an der erforderlichen Einsicht zur Erkenntnis der Strafbarkeit einer von ihnen begangenen Handlnng mangelt, freizusprechen sind. Außer den Jugendlichen und Taubstummen gibt es aber noch andere Personen, die nicht das notwendige Einsichtsvermögen zu besitzen brauchen; man denke z. B. an Angehörige fremder Volksstämme oder an Menschen, die ohne Berührung der Außenwelt aufgewachsen sind. Auch diese Personen müssen von der Bestrafung ausgeschlossen werden, und zwar auf Grund analoger Anwendung des § 3 JGG und des § 58 StGB, denn der Grundgedanke, der zur Straflosigkeit der Jugendlichen und Taubstummen führt, trifft auf sie ebenfalls zu.[1]) — Da hier nicht ein einzelnes Gesetz, sondern mehrere Strafvorschriften, in denen bereits ein allgemeines Prinzip des Strafgesetzbuches zum Vorschein gelangt, analog angewendet werden, haben wir es mit einem Fall der Rechtsanalogie zu tun. Das in mehreren gesetzlichen Bestimmungen zugrunde liegende Rechtsprinzip der Strafrechtsordnung wird auf einen gesetzlich nicht geregelten Tatbestand angewandt.[2])

In der Literatur wird für die Analogie meistens eine Definition gegeben, die sowohl die Gesetzes- wie auch die Rechtsanalogie umfaßt, manchmal jedoch nur für eine der beiden Arten zutrifft. So weist die Begriffsbestimmung bei Ebermayer[3]) nur auf die Gesetzesanalogie hin, wenn dort gesagt wird, die Analogie dehne die gesetzliche Vorschrift über ihren Rahmen hinaus auf einen vom Gesetz nicht geregelten Fall aus. — Andererseits spricht Hafter[4]) nur von der Rechtsanalogie, wenn er meint, der Richter solle bei der Analogie das allgemeine Rechtsprinzip suchen, auf dem das Gesetz fußt und daraus die ergänzende Regelung finden. — Überholt ist die Begriffsbestimmung von

---

anderen Person ist gemäß § 2 StGB n. F. in entsprechender Anwendung des § 164 StGB strafbar.

[1]) Eck aaO. S. 52. — Köhler aaO S. 85. — Allfeld, Lehrbuch S. 154. — Ackermann aaO. S. 26.

[2]) Becker (GS 103 S. 435) hält auch den sog. „übergesetzlichen Notstand" (RGSt. 62/138) für einen Fall der Rechtsanalogie, denn das Reichsgericht habe aus allgemeinen Grundsätzen gefolgert, daß beim Vorliegen des „Güternotstandes" das geringerwertige Gut dem höherwertigen weichen müsse und daß daher der Eingriff in das geringerwertige nicht rechtswidrig sei. — Dagegen Allfeld GS S. 309 ff.), der die Grundlage des übergesetzlichen Notstandes in der entsprechenden Anwendung eines einzelnen Gesetzes, des § 228 BGB, erblickt.

Vgl. auch das Beispiel für Rechtsanalogie bei Schem aaO. S. 200 f.

[3]) Ebermayer-Lobe-Rosenberg aaO. S. 209.

[4]) aaO. S. 12.

Thomsen[1]), der die Ausdrücke willkürlich in einem sonst nicht üblichen Sinne verwertet. Er unterscheidet zwar zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie, betrachtet aber die letztgenannte als „Schaffung neuer Gesetze" und die Gesetzesanalogie als „Unterart der Auslegung", indem sie sich darauf beschränke, existierendes, jedoch im Einzelfalle schlecht erkennbares Recht durch vergleichende Heranziehung ähnlicher Gesetze aufzufinden. Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung ergibt sich aus dem, was ich oben über die Verschiedenheit der Analogie gesagt habe. Die Analogie schafft keine neuen Gesetze, noch stellt sie eine Art der Auslegung dar; sie dehnt vielmehr ein im Gesetz enthaltenes Prinzip aus, indem sie einen Gesetzesgedanken fortbildet, was von der Gesetzesschaffung und Gesetzesauslegung wohl zu unterscheiden ist. — In ähnlichen Bahnen bewegen sich Lilienthal[2]) und v. Liszt[3]), die ebenfalls unter Rechtsanalogie die Schaffung von Rechtssätzen verstehen; der letztere faßt den Unterschied zwischen beiden Analogieformen so auf, daß die Gesetzenanalogie einen gesetzlichen Rechtssatz findet, die Rechtsanalogie dagegen einen Nicht-Rechtssatz. — Irrtümlich ist weiterhin die Ansicht Olshausens[4]), daß die Rechtsanalogie über das Recht hinaus zur Ausfüllung von Lücken des Rechts diene. Dies ist keineswegs ein Kennzeichen der Rechtsanalogie; nicht wegen ihrer Ergebnisse, sondern wegen ihrer Basis wird sie so genant. Die von Olshausen mißverstandene Deutung des Wesens der Rechtsanalogie führt ihn dann zur Forderung, diese von vornherein für unzulässig zu erklären.[5])

In neuerer Zeit sind von Schäfer-Lehmann-Dörffler[6]) die Begriffe „Gesetzesanalogie" und „Rechtsanalogie" nicht genau auseinandergehalten worden. Sie verstehen unter Gesetzesanalogie die ausdehnende Auslegung und machen über die Rechtsanalogie Ausführungen, die die Rechtsanalogie und die Gesetzesanalogie mit umfassen. — Schwarz[7]) spricht andererseits nur von Rechtsanalogie; die von ihm behandelten Fälle stellen indessen lediglich Beispiele für die Gesetzesanalogie dar.

2.) Das Wesen der Unterscheidung.

Durch die Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie soll keineswegs ein Gegensatz in der Art und Weise der analogischen Tätigkeit hervorgerufen werden; sie bleibt in

---

[1]) aaO. S. 40.
[2]) aaO. S. 10.
[3]) aaO. 2. Aufl. S. 70, 71.
[4]) aaO. § 2 Nr. 3, 2 und § 58, 3.
[5]) Vgl. Wachenfeld aaO. S. 44.
[6]) aaO. § 2, Anm. 2.
[7]) GS 106 S. 245 ff.

beiden Fällen die gleiche. Lediglich der Ausgangspunkt ist ein verschiedener. Andererseits bezieht sich die Unterscheidung nicht nur auf die Quantität des Ausgangspunktes, wie es vor allem Binding [1]) betont. Nicht, daß „bald ein Rechtssatz, bald eine Menge von Rechtssätzen" den Ausgangspunkt bilden, ist von ausschlaggebender Bedeutung, (das wäre nur etwas Äußerliches), sondern daß bei der Gesetzesanalogie von einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift und bei der Rechtsanalogie vom Geiste der Gesetzgebung, der sich in mehreren Gesetzesbestimmungen realisiert haben muß, ausgegangen wird.

Dies darf wiederum nicht dazu verleiten, zwischen der Gesetzes- und Rechtsanalogie einen grundlegenden qualitativen Unterschied zu erblicken und zu behaupten, die Rechtsanalogie arbeite stets unsicherer als die Gesetzesanalogie, weil sie auf einer breiteren Grundlage beruhe. Manche Schriftsteller lassen sich gerade von diesem Gesichtspunkt leiten, wenn sie die Rechtsanalogie verwerfen.[2]) Es muß zwar zugegeben werden, daß Fälle möglich sind, in denen die Rechtsanalogie wegen der Unsicherheit des Ergebnisses als unstatthaft zu erachten sein wird, dann nämlich, wenn die Breite des Ausgangspunktes zu groß und zu inkohärent ist. Je allgemeiner der Grundsatz ist, den wir ableiten, je höher der gewählte Grundgedanke liegt, desto unsicherer werden die Folgerungen sein, da sie durch mehrere Zwischenglieder hindurchgehen, und desto geringer wird die Rechtsähnlichkeit zwischen dem im Gesetz geregelten und dem zu entscheidenden Fall sein. Trotzdem darf die Rechtsanalogie nicht schon um deswillen als unsicher und daher als unzulässig erachtet werden, weil sie lediglich auf einer breiteren Grundlage beruht als die Gesetzesanalogie. Das Rechtsprinzip kann auch auf einer solchen breiten Grundlage klar erkannt werden, und die Möglichkeit einer Kontrolle der im Wege der Rechtsanalogie gefundenen Entscheidung am Willen des Gesetzes wird durch die breite Grundlage nicht ausgeschlossen. Der Gesichtspunkt der Größe des Ausgangspunktes allein bewirkt somit grundsätzlich keine Unsicherheit des Ergebnisses.[3])

---

[1]) Handbuch. S. 217.

[2]) Vgl. vor allem Schwartz aaO. § 2 Anm. 4, der die Analogie nur in Bezug auf einen einzelnen Rechtssatz nnd nicht auf eine Gruppe von Rechtssätzen zulassen will, weil seiner Ansicht die dem positiven Strafrecht zugrunde liegenden Prinzipien als Anhaltspunkte zu unsicher sind und im Interesse der Rechtssicherheit zur Strafbegründuug nicht zugelassen werden dürfen.

Vgl. auch Lilienthal aaO. S. 10 und Thomsen aaO. S 40.

[3]) Zwei andere Gesichtspunkte lassen jedoch starke Bedenken gegen die Zulassung der Rechtsanalogie im Hinblick auf die Rechtssicherheit aufkommen: Die Frage der Strafzumessung und die Gefahr, bei Anwendung der Rechtsanalogie den Rahmen derselben zu überschreiten und in das

Umgekehrt kommt der Rechtsanalogie dadurch, daß sie an mehrere Gesetzesbestimmungen anknüpft, keine erhöhte Bedeutung gegenüber der Gesetzesanalogie zu,[1]) obwohl es denkbar wäre, daß eine Mehrzahl von Rechtssätzen manchmal eine zuverlässigere Grundlage abgibt, als ein einzelnes Gesetz. So sagt z. B. Binding[2]): „Wenn wir ein neues Strafgesetz, daß sich über die Schuld ausschweigt, aus den beiden Rechtsgrundsätzen: „Ohne Schuld keine Strafe“ und: „Wo die Schuldseite nicht erwähnt ist, ist Vorsatz erforderlich“ auslegen, so ist das Ergebnis deshalb ein so sicheres Resultat der Rechtsanalogie, weil wir jene Grundsätze durch Verallgemeinerung einer Unmasse einzelner Konsequenzen derselben gewonnen haben.“

3.) Der Ursprung der Begriffe.

Die Begriffe „Gesetzesanalogie“ und „Rechtsanalogie“ wurden von Grolmann[3]) geprägt.[4]) Die erste Unterteilung der Analogie finden wir allerdings schon bei Stübel.[5]) Dieser unterscheidet jedoch drei Arten der Analogie, die allgemeine, die besondere und die ganz besondere, je nachdem vom Geist des ganzen Rechtskörpers, von einer gewissen Art von Gesetzen oder von einem einzelnen Gesetz ausgegangen wird. Auch Feuerbach[6]) bringt bereits eine Abgrenzung; er bezeichnet indessen das, was Grolmann Analogie nennt, als formelle Ähnlichkeit und beschränkt die Analogie auf die Rechtsanalogie.

Grolmann geht davon aus, daß die Entscheidung eines Falles aus den Worten des Gesetzes gefolgert werden könne, (unmittelbare Entscheidung), aber auch „aus dem durch wahre Interpredation uns bekannt gewordenen Geiste des Gesetzes“, (mittelbare Entscheidung). Letztere sei eine „Entscheidung aus der Analogie des Gesetzes“ — Lasse sich nun ein bestimmtes Gesetz nicht analogisch anwenden, so besitze der Richter noch eine andere unversiegbare Quelle, den „Geist der positiven Gesetzgebung.“ Auch die Grundsätze, auf welche das System der Gesetzgebung eines Staates gebaut sei, müßten, wie Gromann ausführt, im Falle der Analogie dem Richter heilig sein und seine Enscheidung leiten. Könne eine einzelne Bestimmung nicht analog angewandt

---

Gebiet der Schaffung neuer, im Gesetz nicht einmal dem Grundgedanken nach zum Ausdruck gekommener Strafrechtssätze einzudringen. — Darüber wird im 3 Teil dieser Arbeit näheres gesagt werden.

[1]) Dahlen aaO. S. 36 f, — Hälschner aaO. S. 92. — Eick aaO. S. 29 ff. — Schem aaO. S. 2.

[2]) Handbuch S. 217.

[3]) Bibl. S. 66—68. Grundsätze §§ 140, 143.

[4]) Nicht von Wächter wie Jarcke aaO. S. 302 und Rosshirt, Entwicklung S. 30 behaupten. Vgl. Wächter Archiv S. 416.

[5]) aaO. § 79.

[6]) Revision S. 17 ff.

werden, so müßten eben aus dem Geiste der positiven Kriminalgesetzgebung diejenigen Grundprinzipien entwickelt werden, die den Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzwerks geleitet hätten. Eine solche Analogie, die „aus der Gesetzgebung fließt", werde am besten „Rechtsanalogie" genannt.

Schinnerer [1]) hat Grolmann vorgeworfen, — ganz abgesehen von Vorwürfen, die andere ihm gemacht haben, nämlich die, überhaupt diese Begriffe geschaffen zu haben —, die Rechtsanalogie, wie Grolmann sie definiere, stelle gar keine Analogie mehr dar; denn nicht die Prinzipien des materiellen Rechts, (das materielle Recht beantworte jede Frage), könnten analog angewandt werden, sondern nur das Gesetz, denn lediglich das letztere habe Lücken. Meines Erachtens ist jedoch Grolmann dahin zu verstehen, daß auch er die Rechtsanalogie am Gesetzestext orientiert wissen wollte, und daß nur diejenigen Prinzipien des Rechts für eine Analogie bedeutsam sein sollten, die im Gesetz ihren Niederschlag gefunden haben. Der Geist der positiven Gesetzgebung sollte eben aus einer Mehrzahl von Gesetzesbestimmungen herauskristallisiert werden.

Indessen besteht bei Grolmann eine Unklarheit hinsichtlich seiner Begriffsbestimmung der Gesetzesanalogie. Wenn er die Gesetzesanalogie als Interpretation des Gesetzesgeistes auffaßt, so ist nicht deutlich zu ersehen, wo hierbei der Unterschied zur Auslegung liegen soll. Die Auslegung besteht nicht nur darin, wie er meint, daß man eine Entscheidung aus „den dürren Worten des Gesetzes" sucht. In dem weiteren Sinne allerdings, den das römische Wort „interpretatio" hat, gehört auch die Anwendung der Analogie zur Interpretation. Denn in diesem umfassenderen Sinne bedeutet Interpretatio die gesamte wissenschaftliche Entwicklung und Ausbildung des Rechts überhaupt. Dabei sind aber die beiden Hauptfunktionen, die Auslegung der Gesetze (interpretatio i.e.S.) und die Anwendung der Analogie zur Ergänzung der Gesetze zu unterscheiden. Grolmann bezeichnet offensichtlich das als Gesetzesanalogie, was sich in Wirklichkeit als ausdehnende Auslegung darstellt, ein Fehler, den nach ihm noch andere gemacht haben, wie z. B. Thibaut [2]) und Tittmann [3]). Auch Kleinschrod [4]) verwechselt die Gesetzesanalogie mit der ausdehnenden Auslegung, denn er sagt, letztere bestehe bekanntlich darin, daß die zu engen Worte so weit ausgedehnt werden, als es der viel weitere Grund des Gesetzes zulasse, daß also mehrere ungenannte Fälle nach dem Gesetz beurteilt werden, weil dessen Grund auch jene in sich begreife. Jordan

[1]) aaO. S. 777
[2]) Theorie S. 68 und 114—124.
[3]) Tittmann aaO. S. 66 f.
[4]) aaO. S. 318.

wiederum[1]) verwechselt die ausdehnende Auslegung mit der Rechtsanalogie.[2])

Das Ineinanderfließen des Analogiebegriffs mit der extensiven Interpretation bei Grolmann war unter anderem die Ursache dafür, daß seine Ausführungen über die Gesetzes- und Rechtsanalogie nicht gehörig wirkten und vielfach auf Widerstand stießen. Hinzu kam, daß man damals die Anwendung der Analogie als Machtmittel des Richters gegen die bürgerliche Freiheit für gefährlich hielt und schon aus diesem Grunde der Unterscheidung kein Verständnis entgegenbrachte. Man verwechselte die Frage der Unterscheidung an sich mit der Frage der Zulässigkeit der Analogie bei der Vervielfältigung strafbarer Fälle, also bei der Anwendung der Analogie in bestimmten Fällen. Trotzdem hat sich die Unterscheidung durchgesetzt. Die Strafrechtler der nachfolgenden Zeit[3]) übernahmen sie von Grolmann, und in der folgenden Zeit standen sie nicht nur im Mittelpunkt strafrechtlicher Abhandlungen, sondern spielten auch bei der Schaffung der Strafgesetzbücher in den einzelnen deutschen Ländern eine Rolle.

Nach Grolmann war es vor allem Wächter,[4]) der sich eingehend mit der Gesetzes- und Rechtsanalogie befaßte, für die Unterscheidung eintrat und sie gegen ihre Gegner verteidigte.

4.) Die strafrechtliche Bedeutung der Unterscheidung, insbesondere ihre Gegner.

Die Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie ist, kaum daß sie festgelegt war, nicht ohne Widerspruch geblieben. Der erste, der gegen sie auftrat, war Roßhirt.[5]) Der in seinen Abhandlungen unter der Überschrift: „Über den vermeintlichen Unterschied der Rechtsanalogie und der Gesetzesanalogie" erschienene Aufsatz beginnt mit den Worten: „Diese von uns zuerst angegriffene, bereits in Gesetzbücher vorgedrungene, nicht einmal zum praktischen Verständnis zu bringende Unterschied verliert allmählich das Feld. Die neuesten Schrift-

---

[1]) aaO. S. 80 ff.

[2]) Der Irrtum, daß Analogie Gesetzesauslegung sei, hängt, wie Reichel aaO. S. 103 richtig behauptet, mit dem Lückenlosigkeitsdogma aufs engste zusammen.

[3]) Henke aaO. S. 67. — Wächter, Archiv S. 423 ff., Lehrbuch S. 62 ff., Sächs. Strafrecht S. 88. — Jarcke aaO. S. 302. — Bauer, Warnungstheorie S. 151, Lehrbuch § 120, bezeichnet die Gesetzesanalogie als „besondere" und die Rechtsanalogie als „allgemeine" Analogie; wohl in Anlehnung an Stübel aaO, § 79. — Stübel aaO. § 79. — Abegg aaO. S. 23 nennt die Rechtsanalogie „Parallelismus".

[4]) Archiv S. 417 ff., 535 ff.

[5]) Abhandlungen III S. 393—395, Entw. S. 30.

steller, z. B. v. Preuschen und Escher, treten auf meine Seite und die große Erfahrung des Lebens bei der Anwendung jener Gesetzbücher, die auf besagtem Unterschied gebaut sind, wird bald meine unüberwindliche Alliierte sein." Ob die Analogie sich an einzelne Bestimmung hält oder an einen aus mehreren Bestimmungen gefundenen Rechtssatz, war nach seiner Ansicht sowohl in theoretischer wie auch in praktischer Hinsicht gleichgültig. Die Unterscheidung sei logisch schon deshalb nicht haltbar, weil diejenigen, die die Rechtsanalogie verwerfen würden, notwendig auch die Gesetzesanalogie verwerfen müßten. — Roßhirts Zweifel an einem Weiterleben der Unterscheidung in der Strafrechtswissenschaft waren unbegründet, und seine Voraussagen haben sich nicht erfüllt. Die von ihm angeführten Schriftsteller und andere, die sich wie er gegen die Analogiebegriffe wandten, blieben in der Minderheit. Daß im übrigen die Ablehnung der Rechtsanalogie nicht zu einer Ablehnung der Gesetzesanalogie zu führen braucht, liegt auf der Hand, und die praktische Verwertbarkeit der Begriffe zeigte sich, wie ich später ausführen werde, ja gerade darin, daß man nur eine Analogieform für zulässig hielt, wie z. B. die Gesetzesanalogie, während man die Rechtsanalogie verwarf.

Außer Roßhirt waren es die bereits erwähnten v. Preuschen [1]) und Escher [2]) und später auch Luden [3]), die die Notwendigkeit der Unterscheidung nicht einsahen. Ihre Ausführungen gingen jedoch an der Kernfrage vorbei, da sie Analogie und Auslegung nicht gehörig voneinander schieden. Marezoll [4]) gab als Grund für seine Ablehnung der Begriffe nur an, daß sie sich überschneiden würden. Dasselbe behauptete Bekker [5]), der in seiner „Theorie" die Unterscheidung am heftigsten angriff. Jede Gesetzesanalogie, sagte er, müsse gleichzeitig Rechtsanalogie sein; denn wenn man ein einzelnes Gesetz anwende, so sei dies doch nur gestattet, wenn der „Geist der positiven Gesetzgebung" und die leitenden Prinzipien dieser analogen Anwendung entsprächen. Andererseits sei jede Rechtsanalogie dasselbe wie Gesetzesanalogie. Der Geist eines Gesetzes oder Rechts müsse sich in bestimmten Vorschriften verkörpern, sonst sei er ja nicht sichtbar. Wolle man etwas vom Grundgedanken eines Gesetzes aussagen, so müsse man wissen, in welchen Bestimmungen dieser Gedanke zu finden sei, denn außerhalb dieser Vorschriften besäße der Geist keine sichtbare Existenz. Jede Rechtsanalogie als Folgerung aus dem Geiste des Gesetzwerks sei also gleich-

[1]) aaO. S. 12—16.
[2]) aaO. S. 15 ff.
[3]) aaO. S. 151.
[4]) aaO. S. 76, 77.
[5]) aaO. S. 147.

zeitig Gesetzesanalogie als Folgerung aus einer bestimmten Rechtsvorschrift. — Bekkers Ausführungen liegt eine falsche Auffassung über das eigentliche Wesen der Unterscheidung zugrunde. Er glaubte, daß durch die Unterscheidung zwei gegensätzliche Pole geschaffen werden sollten und griff sie aus diesem Grunde an, während der Unterschied einzig und allein darin besteht, daß man einmal von einem einzelnen Gesetz und das andere Mal von mehreren Gesetzen ausgeht. Daß im übrigen bei der Gesetzesanalogie der Geist der Gesetzgebung mitwirkt, (aus jeder einzelnen Bestimmung spricht ja bereits der Geist der Gesetzgebung), macht sie deshalb noch nicht zur Rechtsanalogie. Von einer solchen kann erst dann die Rede sein. wenn zur Entscheidung eines Falles die entsprechende Anwendung eines einzelnen Gesetzes nicht ausreicht, und wir genötigt sind, durch Heranziehung mehrerer Vorschriften einen leitenden Grundsatz zu suchen. Aus Bekkers Verkennung des wahren Unterschiedes folgt auch seine irrtümliche Behauptung, Rechtsanalogie sei zu gleicher Zeit Gesetzesanalogie, wobei noch hinzuzufügen ist, daß der Geist der Gesetzgebung sich nicht nur in den einzelnen Bestimmungen, sondern auch im Gesamtbilde des Gesetzwerks zeigen kann.[1]) — Wenn er weiterhin die Analogiebegriffe deshalb ablehnen will, weil der Unterschied zu verschwimmend sei, so ist dies ebenfalls kein stichhaltiger Grund. Daß Gesetzes- und Rechtsanalogie nicht immer scharf getrennt werden können, hebt die selbständige Bedeutung beider Begriffe nicht auf. Eine völlige Verwerfung der Unterscheidung befürwortete Bekker im übrigen nicht, denn er kommt schließlich doch zur Erkenntnis, daß „ein richtiges Element in der Unterscheidung enthalten" sei.

Schütze[2]) lehnte die Einteilung der Analogie ohne Begründung ab. — In neuerer Zeit ist Schinnerer[3]) gegen die Unterscheidung vorgegangen. Seiner Meinung nach ist sie unwesentlich und nur quantitativer Natur. U. a. führt er aus, ein Analogieschluß, der sich peinlich an einen einzigen Paragraphen klammere, würde durch diese Beschränknng einen Gedanken aus dem Zusammenhange herausreißen, denn viele Bestimmungen des Gesetzes seien überhaupt nur sinnvoll, weil sie durch die Gesamtheit der anderen Stellen ihre Ergänzung erführen; und was die Rechtsanalogie anbetreffe, so könnten nur solche Stellen als Ausgangspunkt zusammengefaßt werden, die selbst durch die Gleichheit eines inneren Grundes verbunden seien. — Was Schinnerer über die Rechtsanalogie sagt, ist durchaus richtig. Es können sicher nicht beliebige Gesetzesbestimmungen als

[1]) Vgl. Schem aaO. S. 3.
[2]) aaO. S. 47.
[3]) aaO. S. 777 ff.

Grundlage genommen werden, sondern nur solche, die eine innere Verbundenheit aufweisen. Was jedoch seine Ansicht über die Gesetzesanalogie angeht, so kann dieser nicht zugestimmt werden. Wenn bei Anwendung einer einzelnen Vorschrift auf einen Fall, der zweifellos unter diese fällt, die Bestimmung allein angewandt wird, (und hierbei kann von einem Herausreißen eines Gedankens aus dem Zusammenhange des Gesetzeswerks nicht die Rede sein), warum sollte man nicht ein einzelnes Gesetz im Wege der Analogie allein anwenden können? Und wenn in anderen Gesetzesvorschriften ähnliche zusammengehörige Gedanken vorhanden sind, so hindert das doch nicht, trotzdem nur ein einzelnes Gesetz anzuwenden, nämlich dasjenige, welches den Grundgedanken am klarsten zum Ausdruck bringt. Genügt jedoch eine einzige Bestimmung nicht, so wendet man eben im Wege der Rechtsanalogie mehrere Vorschriften an. — Neben Schinnerer hält Kohlrausch [1]) die Unterscheidung für praktisch kaum verwertbar, weil sie nur gradueller Natur sei und zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie beliebig viele Zwischenglieder denkbar seien.

Zuszmmenfassend ist zu sagen: Alle Stimmen, die sich bisher gegen die Schaffung zweier Analogiebegriffe ausgesprochen haben, haben sie aus der Strafrechtsliteratur nicht zum Verschwinden bringen können. Im Anfang des 19. Jahrhunderts fanden sich genug Verteidiger,[2]) die die Unterscheidung für durchaus brauchbar und wertvoll hielten, und die Zeit gab ihnen recht. Wenn man bei den Schriftstellern vom Ausgange des 19. Jahrhunderts bis über das erste Viertel des 20. Jahrhunderts hinaus eine Einteilung der Analogie in Gesetzes- und Rechtsanalogie nur selten finden kann, so liegt das nicht an der praktischen Unbrauchbarkeit der Begriffe, sondern daran, daß damals infolge der durch § 2 StGB a. F. bewirkten starken Einschränkung der Analogie zu Gunsten des Rechtsbrechers kein Grund vorhanden war, sich näher über die Unterscheidung auszulassen. In dem Augenblick jedoch, wo diese letzte Schranke beseitigt werden sollte und auch schließlich im Juni 1935 fiel, traten die von Grolmann geschaffenen Begriffe wieder in den Vordergrund; und dies ist nur zu begrüßen. Genau so brauchbar, wie die Unterscheidung für das Zivilrecht ist, genau so verwertbar ist sie für das Strafrecht, ja, für das letztere ist sie noch bedeutungsvoller. Denn während im Zivilrecht die Analogie ohne weiteres in beiden Formen zugelassen wird, hat man im Strafrecht sowohl bei Schaffung der neuen Landesstrafgesetzbücher in der ersten

---

[1]) aaO. § 2 IV 4.

[2]) Wächter, Bauer, Jarcke, Abegg, Köstlin. Hepp und andere Schriftsteller.

Hälfte des vorigen Jahrhunderts wie auch jetzt einen Unterschied insofern gemacht, als nur die Gesetzesanalogie zugelassen werden sollte, während gegen die Anwendung der Rechtsanalogie Bedenken geltend gemacht wurden. Schon hieraus ersieht man deutlich, daß eine Trennung der Analogie in zwei Formen nicht nur theoretisch von Wert ist, sondern darüber hinaus in praktischer Hinsicht von erheblicher Bedeutung ist.[1])

Es ist in diesem Zusammenhange noch zu erwähnen, daß diejenigen Staaten, die der Analogie in der Vergangenheit nicht so ablehnend gegenübergestanden haben, das Analogieproblem ebenfalls in den gesonderten Arten der Gesetzes- und Rechtsanalogie behandeln. So unterscheiden die dänische Strafrechtswissenschaft und auch die Entwürfe zur Reform des dänischen Strafrechts (1911, 1914, 1930), auf Grund des § 1 des alten Strafgesetzbuches vom 15. April 1930[2]) zwischen der erlaubten Gesetzesanalogie und der als verboten bezeichneten Rechtsanalogie.[3]) — In der norwegischen Strafrechtswissenschaft hat man gleichfalls die Unterscheidung gemacht. Die Rechtsanalogie wurde ausgeschlossen, die Gesetzesanalogie gelegentlich zugelassen, wenn erhebliche Gründe für sie sprachen. Die Gerichte haben sich um das in Artikel 96 der norwegischen Verfassung enthaltene Analogieverbot oft nicht gekümmert. — Schließlich finden wir beide Begriffe in den Erläuterungen des von Thyrén 1926 bearbeiteten Entwurfs für ein neues schwedisches Strafgesetzbuch (§ 1): auch hier wird die Rechtsanalogie für unabwendbar erklärt und die Gesetzesanalogie für zulässig erachtet.[4])

---

[1]) Auch das Reichsgericht verwendet beide Begriffe in einer Entscheidung, allerdings lediglich im Rahmen der zu Gunsten des Täters wirkenden Analogie. Vgl. RGSt. 32/185: „Es ist im Auge zu behalten, daß dem Strafrichter in gleichem Maße, wie es im Gebiete des bürgerlichen Rechts angeht, ermöglicht ist, bestehende Rechtsnormen auf neue Gestaltungen der Lebensverhältnisse im Wege der Gesetzesanalogie oder Rechtsanalogie anzupassen."

[2]) „Auf Strafe kann für ein Verhalten nur erkannt werden, dessen Strafbarkeit durch das Gesetz festgelegt ist oder das einem solchen gleichgestellt werden kann."

[3]) Schinnerer aaO. S. 772 ff. — Schem aaO. S. 156. — Olrik aaO. S. 211.

[4]) Schinnerer aaO. S. 773. — Thyrén aaO. S. 211 ff. — Über die Analogie im räterussischen Strafrecht vgl. Maurach, Grundlagen aaO. S. 159 ff.

Zweiter Teil.

Der Unterschied zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie

1. im römischen Recht.

Das römische Recht macht bezügl. der Grundsätze über die Auslegung und Analogie keinen Unterschied zwischen Zivil- und Strafrecht. Dies lag daran, daß es zunächst überhaupt noch kein Strafrechtssystem mit festen Tatbeständen gab. Ein solches entwickelte sich erst allmählich. Zurzeit der Republik herrschte auf dem Gebiete der Strafrechtsanwendung noch eine völlige Willkürherrschaft der Richter. Es hatten sich zwar bereits mehrere Begriffe von Delikten gebildet, die öffentliche Strafen nach sich zogen, jedoch war die Anzahl der Strafgesetze im Vergleich zum Rechtsleben jener Zeit verhältnißmäßig klein. Dies wurde erst anders in der Kaiserzeit, als mit der Schaffung des ordo judiciorum publicorum durch die leges juliae von Caesar und Augustus gleichzeitig die Legalisierung des außerordentlichen Strafverfahrens begann.

Ein Analogieverbot war dem römischen Recht unbekannt.[1]) Zur Bildung und folgerichtigen Durchführung des Strafrechts war die Analogie sogar notwendig. Die leges stellten lediglich das Gerüst des in steter Entwicklung befindlichen Strafrechts dar. — Die entsprechende Gesetzesanwendung war sowohl im Wege der Gesetzes- wie auch der Rechtsanalogie gestattet. Einen Unterschied in der analogischen Anwendung in dem Sinne, daß nur eine der Analogieformen zulässig war, gab es im römischen Recht nicht. Dies ergibt sich aus der Digestenstelle D. 1. 3. (de legibus senatusque . . .) fr. 12., die die Möglichkeit analogischer Rechtsprechung ganz allgemein gewährt:

> Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in atiqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet.[2])

---

[1]) Mommsen aaO. S. 126, 127. — Savigny aaO. S. 294.

[2]) Wächter. Lehrbuch S. 68 und Breidenbach, aaO. S. 199 führen die Stelle als Beispiel für die Gesetzesanalogie an; Grolmann, Bibl. S. 68 und Henke aaO. S. 69 als Beispiel für die Rechtsanalogie.

Als besonderes charakterisches Beispiel für die Gesetzesanalogie sei hervorgehoben: D. 48, 4. (ad Legem Juliam maiestatis) fr. 7 § 3: [1])

Nec lubricum linguae ad poenam facile trahendum est; quamquam enim temerarii digni poena sint, tamen ut insanis illis parcendum est, si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis decendit vel ad exemplum legis vindicandum est.

Wir sehen hier, wie Modestinus zwischen solchen Handlungen, die ausdrücklich im Gesetz für strafbar erklärt sind, (delicta, quae ex scriptura legis descendunt), und solchen, deren Strafbarkeit nur aus der Analogie des Gesetzes gefolgert wird, (quae ad exemplum legis vindicandum sunt) unterscheidet.[2]) Das Bestrafen ad exemplum legis bedeutete die Gesetzesanalogie, nicht die Rechtsanalogie, wie Mittermaier im Feuerbach'schen Lehrbuch[3]) behauptet. Mittermaier sagt dort: „Das römische Recht unterscheidet die Erklärung der Gesetze ex sententia legis von der ad exemplum legis, D. 48. 4. ad 1. J. M.) fr. 7 § 3; D. (ad Leg. aquil.) fr. 12. Die letzte könnte mit der sogenannten Rechtsanalogie verglichen werden." Seine Ansicht ist jedoch nicht richtig. Sicherlich ist beides nicht dasselbe. Ex sententia legis bestrafen bedeutet aber: Nach dem Inhalt des Gesetzes, nach seinem Sinn, strafen; dies gehört zur Auslegung.[4]) Ad exemplum legis bestrafen heißt dagegen: In einem Falle strafen, den das Gesetz nicht mit umfaßt, der indessen dem gesetzlich entschiedenen ähnlich ist, also nach Gesetzesanalogie.[5])

Zur Ergänzung seien noch folgende Bestimmungen angeführt, die die Zulässigkeit der Gesetzesanalogie im römischen Recht klar hervortreten lassen:

D. 9. 2. (ad legem Aquiliam) fr. 32. Illud quaeritum est, an quod proconsul in furto observat quod a familia factum sit (id est ut non in singulos detur poena persecutio, sed sufficeret id praestari, quod praestandum foret, si id furtum unius liber fecisset), debeat et in actione damni iniuriae observari. Sed magis visum est idem esse observandum, et merito: cum enim circa furti actionem haec ratio sit, ne ex uno delicto toto familia dominus eareat eaque ratio similiter et in actionem

---

[1]) Wächter, Lehrbuch S. 68, Archiv S. 423. — Hepp aaO. S. 103. — Heffter aaO. S. 30. — Eick aaO. S. 12. — Abegg aaO. S. 23. — Bauer, Warnungstheorie S. 151. — Geib aaO. S. 41. — Henke aaO. S. 67. — Köstlin aaO. S. 59. — Liszt, 25. Aufl. S. 111. — Mommsen aaO. S.126, 127. — Binding, Grundriß § 21.

[2]) Birkmeyer aaO. S. 1072. — Doerr aaO. S. 15.

[3]) Feuerbach aaO. § 75 a Not. d.

[4]) Dagegen Jagemann-Brauer aaO. 1. 39, der hierin als Einziger Rechtsanalogie versteht.

[5]) Vgl. Wächter, Archiv S. 428.

damni iniuriae interveniat, sequitur, ut idem debeat aesti mari, praesertim cum interdum levior sit haec causa delicti, veluti si culpa et non dolo damnum daretur.

D. 38. 17. (ad Senatus Consultum Tertullianum) fr. 2. § 30. Quid si cum praegnas esset, bonis non petiit curatorem? dico in sententiam incidere: nam et si apud hostes habuit impuberem, idem erit decendum.

Vgl. ferner: D. 48. 16. (ad S. C. Turpill.) fr. 1 § 13; D. 48, 9. (ad L. Pomp. de parricid.) fr. 3; D. 48. 5. (ad L. Jul. de adult.) fr. 9a. E.[1])

Im Gegensatz zur Gesetzesanalogie kannte das römische Recht eine unbeschränkte Zulässigkeit der Rechtsanalogie nicht. — Wächter,[2]) Hepp,[3]) Köstlin,[4]), Martin[5]) und Bauer,[6]) die bei Anwendung der Rechtsanalogie die beiden Fälle unterscheiden, daß einmal eine Vervielfältigung der Straftatbestände eintritt, das andere Mal eine Ergänzung anderer Lücken, z. B. bei unbestimmten Strafgesetzen, lesen nämlich aus einer Digestenbestimmung heraus, daß das römische Recht hinsichtlich der Vervielfältigung der Straftatbestände, also bei der Strafbegründung, die Rechtsanalogie nicht immer zulasse. Es handelt sich um die Stelle D. 50. 16. (d. V. S.) fr. 131 § 1:

> Inter „mulctam“ autem et „poenam“ multum interest, cum poena generale sit nomen, omnium delictorum coercitio, mulcta specialis peccati, cuius animadversio hodie pecuniaria est: poena autem non tantum pecuniaria, verum capitis et existimationis irrogari solet: et mulcta quidem ex arbritrio eius venit, qui mulctam dicit; poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est: quinimo mulcta ibi dicitur, ubi specialis poena non est imposita. Item mulctam is dicere potest, cui iudicatio data est. Magistratus solos et praesides provinciarum posse mulctam dicere, mandatis permissum est: poenam autem unusquisque irrogare potest, cui huius criminis sive delicti executio competit.

Der Meinung der genannten Schriftsteller ist zuzustimmen. Aus der zitierten Stelle ergibt sich, daß — im Gegensatz zur mulcta, die der Magistrat nach eigenem Ermessen verhängen durfte — die poena nur in gesetzlich bestimmten Fällen zugefügt werden konnte. Das Anwendungsgebiet der Rechtsanalogie bei der poena erstreckte sich nur auf die Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe und auf die Zumessung einer Strafe bei

---

[1]) Wächter, Lehrbuch S. 68, — Bekker aaO. S. 152. — Abegg aaO S. 23. — Hepp aaO. S. 103 ff. — Henke aaO. S. 68.
[2]) Lehrbuch S. 70.
[3]) aaO. S. 104.
[4]) aaO. S. 62.
[5]) aaO. § 13.
[6]) Lehrbuch § 120.

Gesetzen, die nur allgemein von der Strafbarkeit einer Handlung sprechen. In Fällen, die das Gesetz ganz übergangen hat, war die Rechtsanalogie unzulässig. — Eine ähnliche Regelung werden wir später in der Carolina finden.

Als Beispiel für die Rechtsanalogie diene noch C. 1. 17. (de vet. j. enucl.) fr. 2 § 18, wo Hadrian sagt, die allmähliche Ergänzung des Edikts solle geschehen „ad eas regulas, eiusque coniecturas et imitationes".

2.) in der Carolina.

In den Artikeln 125 und 126 der von Johann Freiherrn von Schwarzenberg verfaßten Constitutio Criminalis Bambergensis zeigen sich in der deutschen Rechtsgeschichte zum ersten Male Vorschriften, die zu der Frage Stellung nehmen, wie sich der Richter zu verhalten habe, wenn das Gesetz keine zutreffende Regelung trifft. Diese Bestimmungen gelangten wörtlich in die Brandenburgische Halsgerichtsordnung vom Jahre 1516[1]) und wurden bei der reichsgesetzlichen Regelung des Strafrechts und Strafprozeßrechts durch die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. vom Jahre 1532 übernommen. Die Artikel 105 und 106 der Constitutio Carolinae Criminalis weichen nur unerheblich von den entsprechenden Bestimmungen der Bambergensis ab.

Art. 104:[2])

Aber sonderlich ist zu mercken, inn was sachen (oder derselben gleichen) vnser Keyserlich recht, keynerley peinlicher straff am leben, ehren, leib oder glidern setzen, oder verhengen, daß Richter und vrtheyler darwider auch niemant zum todt oder sunst peinlich straffen. Vnd damit richter vnd vrtheyler die solcher rechten nit gelert sein, mit erkantnuss solcher straff destoweniger wider die gemelten rechten, oder gute zulessig gewonheyten handeln, so wir hernach vonn etlichen peinlichen straffen, wann vnnd wie die gedachten recht guter gewonheyt, vnd vernunfft nach geschehen sollen, gesatzt.

Art. 105:

Item ferrer ist zuuermercken, inn was peinlichen fellen oder verklagungen, die peinlichen straff inn disen nachuolgenden artickeln nit gesetzt oder genugsam erklert oder verstendig wer, sollen Richter und vrtheyler (so es zu schulden kompt)

---

[1]) Vgl. auch die Halsgerichtsordnung für Radolphzell: „Vnd nachdem hierynn nit all vbeltaten so beschehen möchten, beschrieben vnd ausgedruckt sind, so sollen doch nit desto minder der Vogt mit Rat oder Vrtheil der Rät . . . auch in derselben so nit hyrinnen ausgedruckt sind, zu vrtheilen vnd zu straffen haben nach Irem pesten versteen vnd gestalt einer yeden vbeltat." — Walchner aaO. S. 285.

[2]) zitiert nach Zoepfel aaO.

radts pflegen, wie inn solchen zufelligen oder vnuerstendlichen fellen, vnsern Keyserlichen rechten, vnd diser vnser ordnung am gemessigsten gehandelt vnnd geurtheylt werden soll, vnd alssdann jre erkantnuss dernach thun, Wann nit alle zufellige erkantnuss vnd straff inn diser vnser ordnung genugsam mögen bedacht vnd beschriben werden.

Es hat nicht an Stimmen gefehlt, die aus diesem Artikel ein Analogie*verbot* herauslasen,[1]) und erklärten, Artikel 105 spräche allgemein lediglich von Strafen, nicht aber darüber, was für Verbrechen zu bestrafen seien. Solche Ansichten lassen sich jedoch mit den sonstigen Anschauungen der Zeit, insbesondere mit der äußeren Gestaltung und eigentümlichen Entwicklungsweise des gemeinen deutschen Rechts nicht vereinbaren. So geht denn die überwiegende Meinung der Literatur[2]) dahin, daß in Artikel 105 der Carolina nicht etwa der Grundsatz: „Keine Strafe ohne Gesetz" enthalten sei, sondern daß lediglich die Willkür und mißbräuchliche Anwendung der Analogie in den unteren Instanzen verhindert werden sollten. Die Urteiler und Richter waren gehalten, Analogieentscheidungen nur nach vorheriger Anhörung der kaiserlichen Räte zu treffen. Und was den Artikel 104 CCC angeht, so setzte er lediglich fest, daß Handlungen, die in der Carolina oder im gemeinen Recht festgesetzt waren oder die diesen wesensähnlich waren, (oder der selben gleichen), und nicht mit einer Todes-, Körper oder Ehrenstrafe, sondern mit einer milderen Strafe belegt waren, nicht mit einer schwereren Sühne geahndet werden durften.[3]) Die Analogie war demnach nur insoweit beschränkt, als mit *peinlichen* Strafen andere als die in der P. G. O. ausdrücklich aufgezählten Handlungen nicht belegt werden durften.

Wie steht es nun mit der Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie in der Carolina? Eine scharfe Trennung der Analogie in diese beiden Begriffe enthält die P. G. O. nicht, und dies ist leicht erklärlich. Es kam Schwarzenberg bei Schaffung der Bambergensis zunächst darauf an, daß eine entsprechende Anwendung der Strafbestimmungen überhaupt Platz griff, daß die Richter nicht beim Gesetzesbuchstaben stehen blieben, sondern über die ausdehnende Auslegung hinaus zur Analogie vorstießen.[4]) An eine klare Unterscheidung der analo-

[1]) Feuerbach, Revision II S. 25 ff. Luden aaO. S. 149 behauptet, es sei hier überhaupt nicht von Analogie die Rede.

[2]) Niethammer aaO. S. 746 f. — Schottlaender aaO. S. 37. — Elvers aaO. S. 11. — Bar, Handbuch aaO. S. 123. — Hippel aaO. S. 77. — Bauer, Warnungstheorie S. 151, Lehrbuch § 120. — Binding, Grundriß § 21, Handbuch S. 218. — Hälschner aaO. S. 68 f. — Allfeld, Lehrbuch S. 66. — Ackermann aaO. S. 7 und andere Schriftsteller.

[3]) Vgl. dazu Boldt aaO. S. 58.

[4]) Grolmann, Bibl. S. 75 ff.

gischen Tätigkeit, je nachdem ob von einem einzelnen Gesetz oder von einer Mehrzahl von Bestimmungen ausgegangen wird, dachte man damals im bewußten Sinne noch nicht, wie ja auch die Begriffe „Gesetzesanalogie“ und „Rechtsanalogie“ erst Ende des 18. Jahrhunders aufkamen. In den Artikeln 104 und 105 sind jedoch mindestens Ansätze für eine solche Unterscheidung vorhanden. Das ergeben die Worte in Artikel 104: „inn was sachen (oder der selben gleichen)“ und: „vnsern Keyserlichen rechten vnd diser vnser ordnung am gemessigsten“ in Artikel 105. Während Artikel 104 auf Fälle Bezug nimmt, die einzelnen „sachen“, einzelnen Straftatbeständen gleichen, also auf die Gesetzesanalogie, fordert Artikel 105, daß die Richter und Urteiler in peinlichen Fällen, die keine genauen Strafbestimmungen enthalten, so urteilen sollen, wie es der P. G. O. am besten entspricht. Artikel 105 enthält demnach bereits einen Hinweis auf den Geist des gesamten Gesetzwerks, also auf die Rechtsanalogie.[1])

Für die Gesetzesanalogie im Artikel 104 ergibt sich somit folgendes: Sie war nur insoweit verboten, als mit ihrer Hilfe keine peinlichen Strafen verhängt werden durften; die Bestrafung mit nicht peinlichen Strafen indessen war im Wege der Gesetzesanalogie zulässig.

Was den Artikel 105 anbetrifft, so enthält er, wie bereits gesagt, einen Hinweis auf die Rechtsanalogie, Boldt[2]) indessen erblickt in dem genannten Artikel ebenso wie in Artikel 104, nur einen Hinweis auf die Gesetzesanalogie. Er stützt seine Behauptung auf die Notwendigkeit einer möglichst engen Auslegung der beiden Bestimmungen und auf die Tatsache, daß der Artikel 105 die Peinlichkeit der Tatbestände, also irgendwie vorgeformte Delikte voraussetze. — Meines Erachtens rechtfertigt die Ansicht Boldt's die Ablehnung jeglicher Rechtsanalogie in Artikel 105 nicht. Es ist vielmehr so, daß in Artikel 105 von einer — allerdings sehr stark — b e s c h r ä n k t e n Rechtsanalogie die Rede ist, ähnlich wie es im römischen Recht war.[3]) Die Beschränkung zeigt sich darin, daß Artikel 105 nur von Fällen spricht, die im Gesetz bereits verankert sind, wobei jedoch die Strafbarkeit der betreffenden Handlung nur allgemein angegeben ist, d. h. entweder die Größe der Strafe ganz unbestimmt geblieben ist oder nicht deutlich genug festgesetzt wurde. Sicherlich spricht der Artikel nicht davon, daß dem Richter die Befugnis zugestanden werde, im Wege der Rechtsanalogie auch

[1]) Abegg aaO. S. 23. — Hepp aaO. S. 103 ff. — Heffter aaO. S. 30. — Köstlin aaO. S. 61 ff. — Henke aaO. S. 67 f. — Gürtner-Freisler aaO. S. 74.

[2]) aaO. S. 54.

[3]) Vgl. die bereits zitierte Digestenstelle D. 50. 16. (d. V. S.) fr. 131 § 1.

solche Handlungen für strafbar zu erklären, die in der Carolina weder ausdrücklich noch stillschweigend einer Strafe unterworfen sind. Insoweit aber, als die Größe einer schon vom Gesetzgeber ausgesprochenen peinlichen Strafbarkeit zu bestimmen ist, wird der Richter auf den Geist des gesamten Gesetzbuches hingewiesen; und in diesem Rahmen war die Rechtsanalogie demnach zulässig. — Boldt's Behauptung also, daß Artikel 105 vorgeformte Delikte voraussetze, ist zwar richtig, nur übersieht er hierbei, daß damit noch nicht jede Möglichkeit der entsprechenden Anwendung der Gesetze mittels Rechtsanalogie ausgeschlossen ist. Es ist auch eine Rechtsanalogie denkbar, die sich nur in den Grenzen einer Strafzumessung bewegt, und um eine solche handelt es sich in Artikel 105.[1])

Eine andere Frage ist, ob diejenigen Handlungen, die in der Carolina überhaupt nicht festgelegt waren, auf Grund rechtsanalogischer Anwendung mit nicht peinlichen Strafen bestraft werden konnten. Wie schon bemerkt, schweigt Artikel 105 darüber. Man wird diese Frage meines Dafürhaltens bejahen müssen. Wenn es auch an einer ausdrücklichen Bestimmung darüber fehlt, so darf daraus, daß Artikel 105 nur ein Teilgebiet der Rechtsanalogie erwähnt, nicht geschlossen werden, als ob die Rechtsanalogie sonst unzulässig war.

Als Ergebnis ist festzustellen: Artikel 104 und Artikel 105 regeln die Zulässigkeit der Gesetzesanalogie und der Rechtsanalogie für gewisse Fälle. Aus Artikel 104 ist zu entnehmen, daß im Wege der Gesetzesanalogie keine peinlichen Strafen verhängt werden durften; die nichtpeinliche Strafe dagegen konnte ohne weiteres gesetzesanalog auf eine in der Carolina nicht ausdrücklich geregelte Handlung angewandt werden. Artikel 105 setzt fest, daß hinsichtlich der Strafzumessung in peinlichen Fällen, deren Strafbarkeit ganz unbestimmt blieb oder nicht genau genug festgelegt war, die Rechtsanalogie gestattet war. Im übrigen indessen war, soweit es sich um die Bestrafung mit nichtpeinlichen Strafen handelte, die Rechtsanalogie schrankenlos gestattet.

3.) in den Strafgesetzbüchern der deutschen Länder im 19. Jahrhundert.

Wenn im folgenden von der Anwendung der Analogiebegriffe bei den Beratungen über die neuen Strafgesetzbücher einzelner deutscher Länder die Rede ist, so muß vorausgeschickt werden, daß bei diesen Verhandlungen eine klare Vorstellung über die Gesetzes- und Rechtsanalogie nicht immer vorhanden

[1]) Hepp aaO. S, 104. — Heffter aaO. S. 30. — Bauer Lehrbuch § 120. — Jordan aaO. S. 84, 110 f. — Wächter Lehrbuch S. 72. — Henke aaO. S. 71.

war.[1]) Sowohl in den ständischen Versammlungen als auch in den Ministerräten wurden zuweilen Ansichten geäußert, die erkennen ließen, daß man von dem gleichen Begriff eine ganz verschiedene Vorstellung hatte. Vor allem verfiel man in den alten Fehler, die Gesetzesanalogie als extensive Interpretation aufzufassen. So ist es nicht verwunderlich, daß auch im Schrifttum hinsichtlich der Zulässigkeit der Gesetzes- und Rechtsanalogie in den betreffenden Strafgesetzbüchern die entgegengesetztesten Meinungen zutage traten.

Nachdem die von Grolmann geprägten Begriffe der Gesetzes- und Rechtsanalogie in der Literatur Eingang gefunden hatten, wurden sie in einigen deutschen Staaten bei den Beratungen über die neuen Strafgesetzbücher zum ersten Male in praktischer Hinsicht verwertet. Folgende Strafgesetzbücher kommen hierbei in Betracht: Das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg vom 1. März 1838, das Kriminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 30. März 1838, das Kriminalgesetzbuch für das Großherzogtum Braunschweig vom 10. Juli 1840, das Kriminalgesetzbuch für das Fürstentum Lippe vom 18. Juli 1843, das Strafgesetzbuch für Thüringischen Staaten vom 28. Mai 1850 und das Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 13. August 1855, revidiert am 1. Oktober 1868.

Die Artikel 1 des StGB für das Königreich Württemberg und des KrGB für das Königreich Sachsen, bei deren Beratungen der Unterschied zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie eine immerhin nicht unerhebliche Rolle spielte, hatten folgenden Wortlaut:

Artikel 1 des StGB f. d. Königreich Württemberg: „Das gegenwärtige Gesetzbuch findet Anwendung auf solche Handlungen und Unterlassungen, welche in den Bestimmungen desselben, ihrem Wortlaut oder Sinne nach, mit Strafe bedroht sind." — Der Artikel 1 des KrGB f. d. Königreich Sachsen lautete ebenso, nur daß die Wendung: „ihrem Wortlaut oder Sinne nach" durch „dem Worte oder Sinne nach" ersetzt wurde.

Was den Artikel 1 im württembergischen Strafgesetzbuch anbetrifft, so beziehen sich seine Worte: „oder dem Sinne nach" nicht etwa auf die strafbegründende Analogie, sondern lediglich auf die ausdehnende Gesetzesanwendung.[2]) Durch die Fassung des Artikels sollte nur gegen die durch Montesquieu'sche Lehren veranlaßten übertriebenen Bestrebungen, auch die Interpretation der Gesetze zu verbieten, Front gemacht werden. Die Festsetzung einer Analogie zu Ungunsten des Rechtsbrechers

---

[1]) Vgl. Mittermaier, Entwurf S. 411, Feuerbach, Lehrbuch S. 47 und Köstlin aaO. S. 63, die sich über die Unklarheiten während der Beratungen über die Frage der Analogiezulassung bitter beklagten.

[2]) Dahlen aaO. S. 66 ff. — Weber aaO. S. 325. — Escher aaO. S. 17.

hatte man jedoch nicht im Auge. — So lauten die Motive zu Artikel 1 (S. 10) wie folgt:

„In der Absicht, die richterliche Willkür bei der Auslegung einer zweifelhaften Gesetzesstelle möglichst zu beschränken, fand man für nötig, in dem Artikel 10 des Entwurfs die Vorschrift aufzunehmen, daß das Gesetzbuch nur auf solche Handlungen Anwendung finde, welche nach dem Wortlaut oder dem Sinne desselben mit Strafe bedroht seien. Durch diese Vorschrift wird die Auslegung nach bloßer Analogie für unstatthaft erklärt. Somit fände eine Strafe nicht statt, wenn bei der Anwedung des Gesetzes nur dargetan werden könnte, daß ein gewisser Fall einem anderen gesetzlich verpönten ähnlich sei, oder wenn dem Richter dieselben Gründe der Strafbarkeit für beide Fälle zu sprechen scheinen (Gesetzesanalogie); oder wenn zwar nicht die Analogie eines bestimmten Gesetzes, aber die allgemeinen der Strafgesetzgebung zugrunde liegenden Prinzipien für die Strafbarkeit eines im Gesetz nicht ausgedrückten Falles (Rechtsanalogie) sich anführen lassen."

Hieraus ist der Wille zu erkennen, zur Strafbegründung weder die Gesetzesanalogie noch die Rechtsanalogie zuzulassen. Die Frage, ob die analoge Anwendung im Wege der Gesetzes- und Rechtsanalogie zu Gunsten des Rechtsbrechers gestattet sein sollte, wird indessen bejaht werden müssen. Zwar kann der Satz: „Durch diese Vorschrift wird die Auslegung nach bloßer Analogie für unstatthaft erklärt" eine gegenteilige Meinnng aufkommen lassen, doch die Verhandlungen der württembergischen Ständeversammlung und der Regierung weisen deutlich darauf hin, daß man außerhalb der Grenzen strafbegründender Analogie der entsprechenden Gesetzesanwendung freien Raum lassen wollte.[1])

So erklärte z. B. in der württembergischen Ständekammer Wächter, der bei den Beratungen wiederholt auftrat, daß ein Fall, der im Gesetz nicht als strafbar bezeichnet sei, von den Gerichten nicht deshalb bestraft werden könne, weil ein ähnlicher Fall im Gesetz für strafbar erklärt sei oder weil das Gericht glaube, daß das Grundprinzip des Gesetzbuches die Bestrafung des Falles verlange. Wenn sich aber, so fuhr er fort, in Beziehung auf einzelne, im Gesetzbuch angeführte Verbrechen sonst eine Lücke zeige, so habe der Richter die Sache nicht nach seiner subjektiven Ansicht über Recht und Gerechtigkeit zu ergänzen, sondern nach der Analogie des Gesetz-

---

[1]) Wächter. Archiv S. 546 ff. — Hufnagel aaO. S. 3. — Krug, Grundsätze S. 240 ff. — Hohbach aaO. S. 555. — Binding, Grundriß § 21. — Eick aaO. S. 17.

buches, nach den Bestimmungen, die sich für ähnliche Fälle im Gesetzbuch fänden. Als Beispiel führte Wächter den Fall an, daß die Bestimmung des württembergischen Strafgesetzbuches über den Kausalzusammenhang bei der „Tödtung" zwischen der Handlung des Täters und dem eingetretenen Tod gesetzesanalog auf die Körperverletzung angewandt werden müsse. — Die Anschauungen Wächters wurden von der Ständeversammlung geteilt und letztere sprach dann gegen die Regierung eine „Voraussetzung" aus, die sich voll und ganz auf die Erklärungen Wächters stützte und die Analogie in den von Wächter gesteckten Grenzen zulassen wollte. In der „Voraussetzung" wurde u. a. das Beispiel erwähnt, daß der Richter bei der Frage, ob der Eintritt einer Geisteskrankheit oder eines Gehörverlustes als Folge einer Mißhandlung anzusehen sei (Artikel 260), von den Grundsätzen des Artikels 235 (Tödtung) analogen Gebrauch zu machen hätte.

Die Antwort der Regierung an die Ständeversammlung ließ klar erkennen, wo die Grenzen zulässiger Gesetzesanalogie lagen. Unzulässig war die entsprechende Anwendung eines einzelnen Gesetzes dann, wenn es sich um die Frage handelte, eine im Strafgesetzbuch nicht ausdrücklich mit Strafe belegte Handlung deshalb als strafbare zu behandeln, weil der gleiche Strafbarkeitsgrund sich bei einem gesetzlich geregelten Tatbestand vorfand. Verboten war also die Strafbegründung[1]) im Wege der Analogie.[2]) Außerdem sollte die analogische Anwendung von Strafschärfungsgründen unstatthaft sein. Im übrigen jedoch „ist dem Richter nicht nur gestattet, sondern er ist auch verpflichtet, anderweite Lücken des Gesetzbuches zunächst aus den Bestimmungen desselben (der sogen. Gesetzesanalogie) zu ergänzen".[3])

Die Beratungen über den Wortlaut des sächsischen Kriminalgesetzbuches schienen zunächst auf eine Ablehnung jeglicher Analogie hinauszulaufen. Denn der Entwurf zum Artikel 1: „Das gegenwärtige Gesetzbuch findet Anwendung auf solche Handlungen und Unterlassungen, welche in den Bestimmungen desselben entweder ausdrücklich oder nach deren unverkennbaren Geist und Sinn mit Strafe bedroht sind," wurde auf Grund ständischer Anträge später dahin geändert, daß die Worte: „Geist und" entfernt wurden. Die Deputation der ersten wie der zweiten Kammer beantragte diese Änderung

---

[1]) A. M. Köstlin aaO. S. 63.

[2]) Vgl. meine Ausführungen über das römische Recht, wo eine Vervielfältigung der Straftatbestände bei Anwendung der Rechtsanalogie hinsichtlich der poena verboten war.

[3]) Vgl. die Verhandlungen der württembergischen Kammer der Abg. von 1838 Sitz. 67 S. 12 ff. und Sitz. 92 S. 14 ff.

mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Gefährlichkeit der analogischen Anwendung und auf ihre Entbehrlichkeit in einem geschlossenen Gesetzbuche. Aus der ständischen Schrift jedoch, in der die Ständeversammlung diesen Anträgen beitrat, ergibt sich, daß auch im sächsischen Kriminalgesetzbuch nur die Analogie zur Strafbegründung verboten werden sollte:

„Um der Mißdeutung nicht Raum zu geben, als ob der Richter auch für Fälle, an die der Gesetzgeber gar nicht gedacht hat, nach Analogie der Bestimmungen des Kriminalgesetzbuches auf Strafe erkennen könne, andererseits jedoch der logischen Interpretation in der Erforschung des Sinnes und der Absicht des Gesetzgebers möglichst freien Spielraum zu lassen, schlägt die Ständeversammlung vor, die Worte: „Entweder— Sinn" mit folgenden Worten zu vertauschen: „den Worten oder dem Sinne nach."

Später schien man allerdings sogar noch weiter gehen zu wollen und die Analogie jedenfalls im Rahmen der Gesetzesanalogie auch zur Strafbegründung zuzulassen. Denn die Regierung erklärte sich zwar mit der Änderung des Entwurfs einverstanden, aber nur unter der Bedingung, daß durch die vorgeschlagene Fassung die Rechtsanalogie, nicht aber die Gesetzesanalogie ausgeschlossen werden sollte,[1]) wobei von einer Beschränkung der Gesetzesanalogie nichts erwähnt wurde:

„Besonders trügerisch ist die Rechtsanalogie insofern hierbei der Grund der Bestrafung aus dem allgemeinen der Strafgesetzgebung unterliegenden Prinzip entlehnt werden muß — weniger trügerisch die Gesetzesanalogie, oder wo man aus speziellen gesetzlichen Bestimmungen eine Analogie für den gegebenen Fall findet; weniger trügerisch um deshalb, weil aus dem speziellen Gesetze der spezielle Grund der Strafbestimmung deutlicher hervorgeht; weniger trügerisch auch um deshalb, weil in der speziellen gesetzlichen Bestimmung die verbotene Handlung nach ihren Merkmalen genauer angegeben sein muß und daher auch sicherer mit anderen Handlungen verglichen werden kann.[2])

Dieser Regierungserklärung schlossen sich dann nicht nur die Referenten im Namen der Deputationen, sondern auch die Kammern an.[3])

Indessen war auch nach sächsischem Strafrecht die Gesetzesanalogie nicht im vollen Umfange gestattet, sondern nur in den Grenzen, wie sie bereits in den Beratungen für das württem-

---

[1]) Mittermaier, Archiv aaO. S. 2 ff.

[2]) Vgl. Mitteilungen über die Verhandlungen des sächsischen Landtags v, J. 1836-1837. S. 267 ff, 1785 ff.

[3]) Wären letztere abweichender Ansicht gewesen. so hätten sie ein neues Amendement gestellt. Vgl. Krug, Grundsätze, S. 243 f., Studien S. 1 ff.

bergische Strafgesetzbuch gezogen waren. Dies folgt aus dem Gesamtbild der Verhandlungen und aus dem Umstande, daß man in der Analogiefrage keineswegs weiter gehen wollte, als das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg. Man übernahm auch den Artikel 1 des württembergischen Strafgesetzbuches fast wörtlich. — Ebenso war auch die Rechtsanalogie nur zu Gunsten des Rechtsbrechers erlaubt.

Dasselbe, was oben über die Regelung der Analogiefrage im württembergischen und sächsischen Strafrecht gesagt wurde, gilt für das Strafgesetzbuch für die Thüringischen Staaten von 1850:

Artikel 1: „Die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzbuches finden Anwendung auf solche Handlungen und Unterlassungen, welche entweder nach den Worten oder nach dem Sinne seiner einzelnen Bestimmungen mit Strafe bedroht sind."

Die Kriminalgesetzbücher für das Großherzogtum Braunschweig von 1840 und für das Fürstentum Lippe von 1843 brachten im Gegensatz zu den eben behandelten Strafgesetzbüchern, die alle die Gesetzesbestimmungen auf solche Handlungen und Unterlassungen angewandt haben wollten. die nach dem Worte oder dem Sinne der einzelnen Vorschriften mit Strafe bedroht waren, einen neuen Ausdruck hinzu: Sie wiesen auf den Grund der Gesetzesbestimmungen hin. Die genannten Kriminalgesetzbücher bestimmten in ihrem § 4, daß die Vorschriften des Gesetzbuches auf alle Handlungen anzuwenden seien, welche entweder nach den Worten oder nach dem Sinne oder nach dem Grunde der einzelnen Bestimmungen desselben als darin unzweifelhaft enthalten anzusehen seien.

Hieraus erhellt deutlich, daß man über die ausdehnende Gesetzesanwendung hinausgehen und im Wege der Analogie auch die Strafbegründung für zulässig erachten wollte. Dem Worte „Grund" dürfte eine andere Bedeutung nicht beizumessen sein. Denn die Ausdrücke: „nach dem Worte oder dem Sinne" sind dem württembergischen Strafgesetzbuch und dem sächsischen Kriminalgesetzbuch entnommen worden, die darunter lediglich die ausdehnende Gesetzesanwendung verstanden haben wissen wollten, und nicht die strafbegründende Analogie; fügte man nun noch einen Hinweis auf den Grund der Gesetzesbestimmungen hinzu, so nur deshalb, um damit die Zulässigkeit der Analogie auch zur Strafbegründung zu kennzeichnen. Allerdings war diese Analogie lediglich im Rahmen der Gesetzesanalogie gestattet, wie die Worte: „nach dem Grunde der einzelnen Bestimmungen" ergeben, nicht etwa darüber hinaus im Rahmen der Rechtsanalogie.[1]) — So sagen die Erläuterungen zu § 4 im

[1]) Dahlen aaO. S. 66 ff. — Allfeld, Lehrbuch S. 66. — Bekker aaO. S. 157. — Binding, Handbuch S. 218, Grundriß § 21. — Eick aaO. S. 14.

Kriminalgesetzbuch für das Großherzogtum Braunschweig vom Jahre 1840 folgendes:

„Auch eine möglichst vollständige Strafgesetzgebung wird der Gesetzesanalogie nicht entbehren können, wenn nicht ganz gleiche Fälle, die unter den Wortlaut des Gesetzes nicht passen, straflos bleiben sollen. Dieses widerstreitet aber der Idee der Gerechtigkeit. Wenn man dagegen einwendet, daß es auch eine Forderung der Gerechtigkeit sei, daß Jeder im Voraus und bestimmt wissen müsse, was strafbar sei — so muß man zwar diesen Satz im Allgemeinen zugeben. Der Einwand trifft aber diese Bestimmung nicht; denn die nach richtiger Gesetzesanalogie unter die Strafbestimmung fallenden Handlungen werden nach der Volksansicht unter dieselbe gewiß zu subsumieren sein, und diese begreift die juristischen Spitzfindigkeiten nicht, die in solchen Fällen sonst eine Freisprechung herbeiführen.

Überblick.

Vergleicht man die Behandlung der Analogie im römischen Recht mit der in der Carolina und in den angeführten Strafgesetzbüchern der deutschen Länder, so kommt man zu dem Ergebnis, daß im Laufe der Jahrhunderte der Analogie immer engere Grenzen gezogen wurden. Während die Römer die Gesetzesanalogie ohne Einschränkung (sowohl in bonam wie in malam partem), zuließen und nur die Zulässigkeit der Rechtsanologie für gewisse Fälle verneinten, beschränkte die Carolina die Gesetzesanalogie wie die Rechtsanalogie insoweit, als mit ihrer Hilfe peinliche Strafen nicht verhängt werden durften. Der größte Teil der Strafgesetzbücher der deutschen Länder schließlich verbot, beeinflußt durch die französische Aufklärung, jegliche Anwendung der Gesetzes- und Rechtsanalogie hinsichtlich der Strafbegründung und gestattete sie lediglich zu Gunsten des Rechtsbrechers. Eine Ausnahme machten nur die Kriminalgesetzbücher von Braunschweig und Lippe, die die strafbegründende Gesetzesanalogie erlaubten.

---

[3]) Dies könnte heute geschrieben sein. Es ist bemerkenswert, wie schon damals in einer analogiefeindlichen Zeit, Gedanken geäußert wurden, die wir in der Strafrechtswissenschaft des nationalsozialistischen Staates wiederfinden.

Dritter Teil.

Der Unterschied zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie in der neueren Zeit.

Nachdem bis 1933 der Satz nulla poena sine lege noch als „oberster Grundsatz des Strafrechts“ [1]) galt, und fast die gesamte Strafrechtswissenschaft [2]) sich auf den Standpunkt stellte, daß das in § 2 StGB a. F. enthaltene Analogieverbot zur Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit, der bürgerlichen Freiheit, ja sogar der Grundlagen des Staates unbedingt notwendig sei, trat mit der nationalen Revolution ein Wandel der Anschauungen ein. Die Betrachtungen des Staates, des Rechts und des Gesetzes vom nationalsozialistischen Boden aus gesehen, hatten zur Folge, daß man auch das Problem der Bindung des Richters an den gesetzlichen Straftatbestand von neuem in den Vordergrund wissenschaftlicher Erörterungen rückte und dabei mit den überlieferten Ansichten vollkommen brach. Darüber, daß im kommenden Strafrecht an die Stelle der rein formalen Bindung an das Gesetz die richterliche Befugnis treten müsse, Lücken des Gesetzes im Sinne der dem deutschen Volksgeist entsprechenden Grundgedanken auszufüllen, war man sich klar. Zweifelhaft war es jedoch, wie weit man die Grenzen der zulässigen strafbegründenden Analogie ziehen sollte, wobei insbesondere das Führerprinzip eine Rolle spielte. Sollte man dem Richter zur Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit die Möglichkeit geben, auch im Wege der Rechtsanalogie Recht zu sprechen, oder sollte

---

[1]) RGSt. 29/111 ff. (116).

[2]) Nur wenig Stimmen forderten die Zulassung der Analogie zu Ungunsten des Rechtsbrechers. Exner (aaO. S. 45 ff.) bezeichnet das Verbot der analogen Auslegung der Strafdrohung als den Triumpf des Gesetzeswortlauts über den Willen des Gesetzgebers. Im übrigen ließ seiner Ansicht nach § 2 StGB a. F. die strafbegründende Gesetzesanalogie durchaus zu, denn § 2 StGB a. F. sage nur: Die Strafbarkeit müsse „gesetzlich bestimmt“ sein; von einer ausdrücklichen Bestimmung sei nicht die Rede. Der Richter sei also an das gebunden, was das Gesetz bestimme, wodurch die entsprechende Anwendung eines Gesetzes nicht verboten sei, da der Richter hierbei ja im Rahmen des Gesetzes bleibe.

Binding (Handbuch Bd. I S. 27 ff., S. 237 ff.) setzt sich für die Zulässigkeit der strafbegründenden Analogie ein, weil sie als Mittel zur Verbrechensverhütung notwendig sei, und dem Täter durch eine Bestrafung auf Grund eines Analogieschlusses nicht Unrecht geschehe, sondern nur das, was er verdient habe.

das Analogieverbot im Rahmen einer entsprechenden Anwendung der Strafvorschriften im Wege der Gesetzesanalogie aufgehoben werden? Es entstanden zwei Meinungen im Schrifttum. Die eine forderte die Analogie sowohl im Hinblick auf die Gesetzesanalogie als auch auf die Rechtsanalogie, während die andere gegen die Zulassung der Rechtsanalogie starke Bedenken geltend machte und die Zulassung der Gesetzesanalogie für ausreichend hielt, um dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen.[1])

1.) Die Frage der Zulässigkeit der Rechtsanalogie.

a) Die Rechtsanalogie und das Führerprinzip.

In der preußischen Denkschrift wurde zum ersten Male zum Analogieproblem in der Weise Stellung genommen, daß nur die Gesetzesanalogie zugelassen werden sollte. Sie sagt nämlich (S. 127): „§ 2 Abs I bleibt inhaltlich bestehen, erhält jedoch folgenden Zusatz: „Ist aber eine nicht ausdrücklich für strafbar erklärte Handlung nach gesunder Volksanschauung sittlich verwerflich und wird ihre Bestrafung von dem einem bestimmten Strafgesetz zugrunde liegenden Rechtsgedanken gefordert, so hat der Richter für die Tat eine Strafe innerhalb des Rahmens des entsprechend angewandten Strafgesetzes festzusetzen.““ Dieser Vorschlag bringt die Ansicht zum Ausdruck, daß die Gesetzesanalogie zur Ausfüllung der Lücken genüge. Wenn Maurach[2]) meint, die preußische Denkschrift fordere auch die Rechtsanalogie, so ist nicht zu ersehen, worauf er seine Behauptungen stützen will. Der Umstand allein, daß Freisler, der besonders stark für die Zulassung der Rechtsanalogie eintrat, an der Entstehung der Denkschrift einflußreich mitgearbeitet hat, dürfte wohl nicht ohne weiteres ausschlaggebend sein; und auch aus dem Wortlaut der angeführten Stelle läßt sich m. E. eine Stütze für die Ansicht Maurach's nicht finden. Die Denkschrift spricht zwar vom Rechtsgedanken, aber nur von

[1]) Wenn im folgenden von Gesetzes- und Rechtsanalogie die Rede ist, so ist damit lediglich die strafbegründende Analogie gemeint. Der sonst in Betracht kommenden Analogie, insbesondere der Rechtsanalogie auf dem Gebiete der Schuld- und Unrechtsausschließungsgründe, dürften wohl keine Schranken entgegenstehen. (Vgl. auch RGSt. 32/183). — Außerdem ist hervorzuheben, daß die folgenden Ausführungen über die Rechtsanalogie sich nur auf die Strafrechtsanalogie beziehen. In verschiedenen Abhandlungen der letzten Jahre (vgl. Siegert, JW aaO. S. 892. Schäfer DJ aaO. S. 994, Thierfelder aaO. S. 166), die sich mit dem Problem der Zulassung der Rechtsanalogie im Strafrecht befassen, wird der Rechtsanalogiebegriff dagegen in dem Sinne weitergefaßt, daß er sich auch auf außerstrafrechtliche Rechtsgebiete erstreckt. — Vgl. dazu Becker, GS 106. S. 434 ff

[2]) Volksethik S. 18.

einem solchen, der einem bestimmten Strafgesetz zugrunde liegt und nicht dem gesamten Strafgesetzbuch. Eine klare Stellungnahme hinsichtlich der Frage, ob lediglich die Gesetzesanalogie gestattet werden sollte, vermißt man leider in der preußischen Denkschrift.

In der folgenden Zeit nahm die Zahl derjeniger, die gegen die Anerkennung der Rechtsanalogie Bedenken geltend machten, bald zu. Vor allem wies man auf das Führerprinzip hin und betonte, daß die strafbegründende Rechtsanalogie praktisch bereits ein Problem der Gesetzgebungspolitik sei und nicht der richterlichen Rechtsfindung. Die Gesetzgebung jedoch, als wichtigste Auswirkung der Staatsgewalt, müsse dem Führer vorbehalten bleiben; nur er habe die Befugnis, festzustellen, ob eine Tat recht oder unrecht sei, ob eine Handlung das Gebiet des Strafbaren berühre oder nicht. Die Tatbestandsausdehnung fände bei der Berücksichtigung der Volksanschauung in der Gesetzesanalogie ihre Grenze. Was darüber hinausgehe, würde „Gehorsamsverweigerung" gegenüber der Führung bedeuten und in das ihr ausschließlich eingeräumte Recht der Straftypisierung unzulässigerweise eingreifen.[1])

Aus dem Führerprinzip folge, daß die entsprechende Gesetzesanwendung im Wege der Rechtsanalogie dem Richter vorenthalten sei. Dieser müsse sich an die im Gesetz ausgesprochenen Weisungen des Führers halten; er dürfe über die gesteckten Grenzen nicht hinausgehen und Handlungen bestrafen, die überhaupt nicht in das bestehende System der Strafandrohungen einbezogen seien und außerhalb der Betrachtungen liegen würden, die den Führer bei der Schaffung der Gesetze geleitet hätten. „Dieses Gebiet ist dem strafrechtsbildenden Volksethos verschlossen." [2]) Die Ausdehnungsmöglichkeit im Wege der Analogie sei auf Fälle beschränkt, die einem bestimmten, gesetzlich geregelten Tatbestand ähnlich seien. Es müsse die Gewißheit bestehen, daß der Führer den in Frage stehenden Fall, hätte er ihn vorausgesehen, in das Gesetzbuch mit aufgenommen und genau so bestraft hätte, wie es nun auf Grund der Analogie durch den Richter geschehe. Der Richter sei demnach in seiner analogischen Tätigkeit an eine bestimmte Strafvorschrift gebunden; nur in diesem Rahmen sei die Gefahr eines Übergriffs auf die Gesetzgebungsmacht des Führers nicht gegeben. Anderenfalls könnten z. B. Handlungen für strafwürdig erachtet werden, an die der Führer gar nicht gedacht habe, oder an die er zwar gedacht, jedoch im Zweifel gewesen sei, ob er

---

[1]) Siegert, Deutsches Strafrecht aaO. S. 381 f. — JW aaO. S. 891 f. — Maurach, Volksethik S. 20 f. — Klee aaO. S. 639 ff.

[2]) Maurach, Volksethik S. 20.

sie bestrafen solle oder nicht.[1]) Dies widerspräche indessen dem nationalsozialistischen Grundsatz des unbedingten Führertums in der Gesetzgebung. Die Gestattung der Rechtsanalogie sei praktisch nichts anderes als die Gestattung der Strafbegründung, und diese liege allein beim Führer. Zwar würde sich der Richter, wenn er eine bestimmte Vorschrift des Strafgesetzbuchs anwende, auch auf das Gebiet der Strafbegründung begeben; hierbei habe sie ihm der Führer jedoch durch die Schaffung eines Paralleltatbestandes zugesprochen, und von einem Verstoß gegen das Führerprinzip könne infolgedessen bei der Gesetzesanalogie nicht die Rede sein. Anders bei der Rechtsanalogie, wo der Richter aus dem Geist der Gesetzgebung heraus eine Strafe begründe, ein bestimmter Anhaltspunkt also nicht vorhanden sei; in diesem Falle habe der Führer die Strafbegründungsbefugnis nicht auf den Richter übertragen. Die grundlegenden Rechtsgedanken des Gesetzes habe der Führer, nicht der Richter festzulegen.

Als Beispiel führte man den Rasseverrat an,[2]) der in der Zwischenzeit durch das Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. 9. 1935 seine gesetzliche Regelung gefunden hat. Ob der Rasseverrat zu bestrafen sei oder nicht, darüber könne man nicht den Amtsrichter entscheiden lassen; dies habe lediglich der Führer zu bestimmen. — Ebenso könnten z. B. die Bestimmungen für die Verheiratung der Angehörigen der SS[3]) — vorausgesetzt, daß sie unter strafrechtlichem Schutz ständen — nicht rechtsanalog auf die Angehörigen der SA angewandt werden. Die Frage der Ausdehnung des Grundgedankens des betreffenden Gesetzes, nämlich die Aufartung einer bestimmten Menschengruppe auf einen anderen Personenkreis, habe nicht der Richter zu entscheiden. der sonst der Führung erheblich vorgreifen würde, sondern allein der Führer.

Gegen die eben dargelegten Forderungen nach Beschränkung der Analogie auf die Gesetzesanalogie wurde insbesondere von der Akademie für Deutsches Recht Stellung genommen, wobei vor allem Freisler[4]) den Versuch unternahm, die aufgetauchten Bedenken zu zerstreuen. Er führte aus, daß es zwar richtig sei. daß im nationalsozialistischen Führerstaat der Bestimmende der Führer sei, und daß letzten Endes dieser die Grenzen der gebundenen und ungebundenen Betätigung des Einzelnen zu bestimmen habe. Sicherlich habe der Richter die

---

[1]) Vgl. Schem S. 102.
[2]) Siegert, JW aaO. S. 892.
[3]) Vgl. Ackermann, aaO. S. 43.
[4]) aaO. S. 17 f. — Freisler-Luetgebrune aaO. S. 11.

Pflicht, den Anordnungen des Führers zu gehorchen, und er dürfe ihnen nicht entgegenarbeiten. Damit sei aber nicht gesagt, daß dies nur durch Aufstellung möglichst vieler Einzelnormen möglich sei. Aus dem Grundsatz des Führertums folge keineswegs, daß der Führer alles selbst regeln müsse, sondern es komme im Gegenteil darauf an, nur das unbedingt Notwendige in abstrakte Vorschriften zu fassen. Z. B. habe die Führung der NSDAP in der Kampfzeit gezeigt, daß der Führer das sicherste Mittel der Führung durchaus nicht in Erlassen, Vorschriften und Verordnungen erblickt habe, sondern in der Zuweisung von Aufgaben an Männer, denen er habe vertrauen können, weil sie die gleiche Grundeinstellung besessen hätten wie er selbst. Und nicht nur die nationalsozialistische Bewegung in der Kampfzeit habe an diesem Grundsatz festgehalten, sondern auch der nationalsozialistische Staat habe nach der Machtergreifung sich in seinen Gesetzen auf die Festlegung von Grundsätzen beschränkt und die Ausführung der Gesetze den zuständigen Ressortministern überlassen. Warum sollte die Sachlage bei der Anwendung der Gesetze durch den Richter eine andere sein? Ja, gerade die große Freistellung des Richters, die sich selbstverständlich stets im Rahmen der abstrakten Anweisungen halten müsse, sei die richtig verstandene Anwendung des Führergedankens; die persönliche Entscheidung des Richters als staatlicher Verantwortungsträger stände im Vordergrund nationalsozialistischer Rechtsbetrachtung.[1])

Aus diesen Erwägungen heraus gelangte Freisler zu dem Schluß,[2]) daß das durch Rechtsanalogie auf der Grundlage nationalsozialistischer Volksanschauung geschaffene Recht nicht gegen das Prinzip des Führerstaates verstoße. Vielmehr verlange das Führerprinzip die Bestrafung volksschädlichen Handelns im Wege der Rechtsanalogie, falls die Auslegung der Gesetze und die analoge Ausdehnung der Straftatbestände durch die Gesetzesanalogie nicht ausreiche. Nicht eine bis ins einzelne gehende Gesetzesregelung mache das Führertum aus, sondern die Schaffung von Grundlinien, in deren Rahmen der Richter durch Entscheidung nach dem richtig erfaßten Geiste nationalsozialistischen Strafrechts auch im Wege der Rechtsanalogie den allgemeinen Rechtsgedanken aus der Grundhaltung der Strafsatzung zu entwickeln habe.[3])

---

[1]) Vgl. Henkel aaO. S. 69 ff.

[2]) Vgl. in diesem Zusammenhange Freislers Forderung nach Aufstellung eines zentralen Straftatbestandes im neuen deutschen Strafgesetzbuch. — Freisler aaO. S. 30.

[3]) Vgl. hierzu den Hinweis Freislers-Luetgebrunes aaO. S. 11 auf die Begründung zu dem österreichischen Bundesgesetz vom 1. 12. 1931, betr. strafrechtliche Bestimmungen gegen Untreue: „Niemand kann daraus, daß

Den Ausführungen Freislers über das Verhältnis zwischen Führerprinzip und Zulassung der Rechtsanalogie ist an sich zuzustimmen. Sie berühren jedoch m. E. die Kernfrage in diesem Problem nicht, nämlich die Frage, ob denn durch die entsprechende Anwendung von Gesetzen im Wege der Rechtsanalogie überhaupt die Gesetzgebungsbefugnis des Führers berührt wird. Verneint man nämlich diese Frage, — und zu diesem Ergebnis komme ich auf Grund der nachfolgenden Erörterungen, — so ist schon damit dargetan, daß Rechtsanalogie und Führerprinzip sehr wohl miteinander harmonieren, weil beide auf ganz verschiedenen Ebenen liegen, die nur eine entfernte Ähnlichkeit miteinander haben.

Diejenigen, die in der Zulassung der Rechtsanalogie einen Verstoß gegen den Führergrundsatz erblicken, gehen ohne nähere Begründung davon aus, daß die rechtsanaloge Anwendung von Strafvorschriften sich auf dem Gebiete der Gesetzgebung abspiele, auf einem Gebiete, das der Führung vorbehalten sein solle. Aber auch diejenigen, die die Anwendung der Rechtsanalogie mit dem Führerprinzip vereinbar halten, gehen von dieser Voraussetzung aus; nur daß sie im Gegensatz zu den eben Genannten von erlaubter Gesetzgebung sprechen. — Wenn Siegert,[1]) wie schon oben erwähnt, von einem Problem der Gesetzgebungspolitik spricht und Maurach[2]) das Recht der grundsetzlichen Straftypisierung ausschließlich von der Volksführung ausgeübt wissen will, so verkennen meiner Ansicht nach beide das Wesen der Rechtsanalogie. Die Rechtsanalogie hat mit der Gesetzgebung nichts zu tun; sie bedeutet lediglich die ausdehnende Anwendung eines mehreren Gesetzesvorschriften oder dem gesamten Gesetzgebungswerk zugrunde liegenden obersten Rechtsgedankens auf einen gesetzlich nicht geregelten Fall. Von einer Schaffung von Rechtssätzen im Sinne einer Gesetzgebung[3]) kann hierbei nicht gesprochen werden. Die ausdehnende Anwendung ist eben nur Anwendung bereits bestehenden, wenn auch erst im Wege der analogischen Tätigkeit herauszukristallisierenden Rechts. Das Recht wird lediglich in der vom Gesetz eingeschlagenen Richtung fortgebildet. Der Richter übt nicht die Funktionen eines Gesetzgebers aus, er erfindet

---

er seine Mitbürger auf eine im Strafgesetz noch nicht vorgesehene, aber allen sittlichen und rechtlichen Anschauungen auf das gröbste widerstreitende Methode zu schädigen versteht, ein Recht auf immerwährende Straflosigkeit herleiten."

[1]) Deutsches Strafrecht aaO. S. 381 f.

[2]) Volksethik S. 20.

[3]) Vgl. hierzu die im ersten Teil dieser Arbeit bereits angeführten Definitionen der Rechtsanalogie bei Thomsen aaO. S. 40, Lilienthal aaO. S. 10 und v. Liszt aaO. 2. Aufl. S. 70, 71, die gleichfalls das Wesen der Rechtsanalogie in der Schaffung von Gesetzen erblicken.

keine neuen Rechtsgedanken, um sie seinen Strafurteilen zugrunde zu legen, sondern er bleibt Diener des Rechts, das er allerdings nicht sklavisch dem Wortlaut gemäß, sondern nach dem Grundgedanken und dem Geiste des Gesetzeswerks zur Anwendung bringt. Es ist wohl zuzugeben, daß die Zulassung der Rechtsanalogie die Gefahr in sich birgt, daß der Richter Handlungen für strafwürdig ansieht, die der Führer noch zur ungebundenen Betätigung des Volksgenossen zählt, dann liegt aber keine Rechtsanalogie mehr vor, und der Richter hat sich von den im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken entfernt. Die Rechtsanalogie selbst jedoch ist von der Gesetzgebung scharf zu trennen, und deshalb besteht nach meiner Meinung auch nicht die Möglichkeit einer Kollision der Rechtsanalogie mit dem nationalsozialistischen Grundsatz des Führertums.[1]) Eine Bestrafung des Rasseverrats z. B. hätte mit Hilfe der Rechtsanalogie gar nicht erfolgen können, sondern nur im Wege der Schaffung eines neuen Gesetzes, weil die entsprechenden Grundgedanken, die zu einer Bestrafung dieser Handlung hätten führen können, gesetzlich überhaupt nicht vorhanden waren, sondern nur im Rechtsempfinden des Volkes lebten.

Aber selbst wenn man der Meinung ist, daß die rechtsanalogische Gesetzesausdehnung und die Gesetzgebung durch den Führer auf einer Linie liegen, verdienen die Ausführungen Freislers den Vorzug. In größeren Staatswesen der Jetztzeit kann der Führer sein Augenmerk nicht überall haben, sondern es muß genügen, wenn er richtungweisend ist und die Unteraufgaben anderen überläßt, die sie dann in seinem Sinne erfüllen. So muß auch das Führerprinzip verstanden werden.

b) Die Rechtsanalogie und die Rechtseinheit.

Weitere Bedenken werden hinsichtlich der Rechtseinheit geltend gemacht.[2]) Die Zulassung der Rechtsanalogie, so sagte man, erfordere Richter, die dem Idealbild des Richterkönigs entsprächen. Auch wenn der Richter an das Gesetz gebunden sei, so sei bei der Rechtsanalogie die Loslösung vom Tatbestande doch so groß, daß er in Willkür verfallen könne, und nicht von jedem Richter könne verlangt werden, daß er die Grundgedanken

[1]) Eine andere Frage ist, ob die Rechtsanalogie deshalb abzulehnen ist, weil nicht immer die Möglichkeit besteht, Rechtsanalogie und Gesetzgebung genau auseinanderzuhalten, und der die Rechtsanalogie anwendende Richter sich in die Gefahr begibt, auf das Gebiet der Gesetzgebung überzugehen. Diese Frage ist von der oben behandelten wohl zu unterscheiden; sie wird im folgenden Abschnitt behandelt.

[2]) Siegert JW aaO. S. 892 f. — Thierfelder aaO. S. 166. — Krug, Grundprobleme S. 99, 100. — Schwarz, ZAkDR aaO. S. 287. — Schem aaO. S. 100 ff.

des Gesetzes richtig und zuverlässig auf nicht geregelte Tatbestände anwende. Zudem seien noch nicht alle Richter so fest in der nationalsozialistischen Weltanschauung verankert, daß sie den Willen der Führung klar erkennen und zur Ausführung bringen könnten. Es sei daher damit zu rechnen, — vor allem in den unteren Gerichten bestehe diese Gefahr, — daß die Einheitlichkeit in der Rechtsprechung empfindlich gestört werden würde, wolle man die Rechtsanalogie anerkennen. Der Richter in X würde eine Handlung auf Grund der Rechtsanalogie für strafwürdig erachten, der Richter in Y würde über dieselbe Handlung anderer Ansicht sein und sie straflos lassen. Die Folge sei eine nicht zu verantwortende Rechtsunsicherheit, denn niemand würde letzten Endes wissen: Ist die Handlung nun strafbar, oder ist sie es nicht?

Freisler[1]) wandte sich gegen diese Bedenken mit dem Hinweis darauf, daß die nationalsozialistische Weltanschauung als in sich geschlossene, allgemein anerkannte völkische Weltanschauung die Gesetze des Handelns an Hand eines allgemein anerkannten Wertmaßstabes jedem vorzeichne. Besorgnisse um die Rechtssicherheit könne nur derjenige haben, der die Heranbildung eines neuen deutschen Menschen durch die nationalsozialistische Bewegung mit Skepsis betrachte. Der Sieg der Bewegung habe nicht nur äußere Umstellungen gebracht, sondern habe auch eine innere Wandlung des deutschen Menschen bewirkt und einen Menschentyp geformt, der, in sich einheitlich und geschlossen, ein Auseinanderfallen der völkischen Lebensäußerungen, und damit auch der einzelnen Strafurteile vermindern werde. Aus diesem Grunde würden die deutschen Richter bei der Beurteilung eines Falles von gleichgerichteten Erwägungen ausgehen, und eine verschiedene Betrachtungsweise entfalle dann von selbst. Die Befürchtungen einer Rechtsverschiedenheit und Rechtsunsicherheit seien in Anbetracht der im gesamten Volke verwurzelten einheitlichen Weltanschauung unbegründet.

Die Ausführungen Freislers können meiner Ansicht nach die erhobenen Bedenken bezgl. der Rechtseinheit nicht zerstreuen. Es ist zwar richtig, daß die nationalsozialistische Weltanschauung auch auf die Richter bestimmenden Einfluß hat und haben muß, und daß damit eine feste Grundlage geschaffen wird, auf der sich die Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit vollziehen kann. Die Ansicht Siegerts,[2]) daß noch nicht alle Richter einen so festen nationalsozialistischen Halt besitzen würden, als daß sie restlos der Führung nachleben könnten, dürfte heute nicht mehr zutreffen; ebensowenig die Behauptung von Thierfelder,[3])

[1]) aaO. S. 23 ff..
[2]) JW aaO. S. 892.
[3]) aaO. S. 166

daß die nationalsozialistische Rechtsidee zum mindesten noch nicht die scharfe Umschreibung und sichere Festlegung gefunden habe, die notwendig sei, um den Richter mit seiner Entscheidung an sie zu verweisen. In der ersten Zeit nach der Machtergreifung durch die NSDAP mag es Schwankungen im angegebenen Sinne gegeben haben; heute dagegen sind Zweifel an der nationalsozialistischen Rechtsauffassung der Richter und der klaren Herausstellung des nationalsozialistischen Gedankens gegenstandslos.

Jedoch scheint mir ein anderer Gesichtspunkt nicht beachtet worden zu sein, der m. E. dazu führen muß, die Rechtsanalogie wegen der mit ihr verbundenen Störung der Rechtseinheit in der Rechtsprechung abzulehnen. Es handelt sich um die Festlegung der Grenzen bei der Rechtsanalogie. Es wurde bereits an einer anderen Stelle davon gesprochen, daß zwar ein qualitativer Unterschied zwischen der Gesetzes- und Rechtsanalogie in dem Sinne, daß die letztere stets unsicherer arbeite, nicht bestehe, daß andererseits aber Fälle möglich seien, bei denen infolge der Größe des Ausgangspunktes das auf Grund der Rechtsanalogie gefundene Ergebnis sehr unsicher sei. Die Folgerungen werden in dem Maße unsicherer, als man von allgemeineren und höheren Grundgedanken ausgeht. Schließlich gelangt man zum Grundgedanken allen Rechts überhaupt,[1]) und damit ist sowohl die Voraussehbarkeit der richterlichen Entscheidung, wie die Möglichkeit, den Gesetzeswillen klar zu erkennen, in Frage gestellt. Wie sollen aber die Grenzen zwischen noch zu gestattender Rechtsanalogie und freier Rechtsfindung gezogen werden? Wo ist die Stelle, an der der Richter vom Rechtswahrer zum Rechtsschöpfer im Sinne eines Gesetzgebers wird? Solange sich die Rechtsanalogie auf einem Gebiete bewegt, auf dem das Rechtsprinzip in deutlichen Umrissen zu erblicken ist und die Sicherheit der Entscheidung durch die Möglichkeit einer klaren Ausrichtung derselben mit dem Willen des Gesetzes gewährleistet ist, solange sind Befürchtungen in Bezug auf die Gefährdung der Rechtseinheit unbegründet; die Verantwortung für die Richter mag groß erscheinen, sie ist indessen unbedenklich im Hinblick auf die einheitliche nationalsozialistische Weltanschauung als geschlossene Grundlage der richterlichen Rechtsprechung. Sobald jedoch die Frage auftaucht, ob man es noch mit erlaubter Rechtsanalogie, oder bereits mit verbotener Rechtsschaffung zu tun habe, können nicht weltanschauliche Erwägungen Platz greifen. Es handelt sich hierbei vielmehr um eine Gradfrage, deren Beantwortung man im Interesse der Rechtseinheit nicht dem Richter überlassen kann. Die Gefahr,

[1]) Vgl. Kohlrausch aaO. § 2 IV 3.

auf das dem Gesetzgeber vorbehaltene Gebiet der Schaffung von Strafrechtssätzen überzugehen und die Grenzen der Rechtsanalogie zu überschreiten, ist meiner Ansicht nach sehr groß. Es wird nicht ausbleiben, daß bei Zulassung der Rechtsanalogie der Richter die Bestrafungen von Handlungen zum Gegenstand seiner richterlichen Tätigkeit machen wird, die überhaupt nicht hätten bestraft werden sollen, nur weil er sich in dem Glauben befindet, er bestrafe auf Grund eines Rechtsanalogieschlusses, während er in Wirklichkeit gesetzgeberische Funktionen ausübt. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit liegt auf der Hand. Eine scharfe Grenzziehung zwischen Rechtsanalogie und freier Rechtsschöpfung ist andererseits nicht möglich, da beide Begriffe zum Teil ineinander übergehen.

c) Die Rechtsanalogie und die Strafzumessung.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der gegen die Zulassung der Rechtsanalogie spricht, ist die Unsicherheit bei der Zumessung einer im Wege der Rechtsanalogie begründeten Strafe. Die Gesetzesanalogie bewirkt eine derartige Unsicherheit nicht, denn wenn man einen gesetzlich nicht geregelten Fall gesetzesanalog unter einen bereits im Gesetz festgelegten ähnlichen Straftatbestand bringt, dann bietet der letztere einen sicheren Strafrahmen, innerhalb dessen sich der Richter bei der Strafzumessung bewegen kann; die Sachlage ist also hinsichtlich der Strafzumessung dieselbe, wie wenn das betreffende Gesetz unmittelbar angewandt worden wäre.[1]) Anders liegen die Verhältnisse bei der Rechtsanalogie. Hier kann der Richter die Bemessung der Strafe nicht aus einem speziellen Gesetz entnehmen, da er ja nicht von einem solchen ausgeht, sondern er muß die Strafart und die Strafhöhe aus mehreren Bestimmungen bezw. aus dem Geiste des gesamten Gesetzwerkes herauslesen, ein Unternehmen, das große Schwierigkeiten in sich birgt, denn die einzigen Anhaltspunkte bilden nur die Strafarten und die allgemeinen Strafrahmen, die das Strafgesetzbuch enthält. Diese Begrenzung ist derart weit und läßt dem Richter einen so umfangreichen Spielraum in der Strafbemessung, daß die Einheitlichkeit in der Rechtsprechung in Frage gestellt werden würde.

---

[1]) Vgl. das Beispiel bei Schem aaO. S. 195: Will der Richter einen Fall der Sachentwertung oder Besitzentziehung auf Grund analoger Anwendung des § 303 StGB bestrafen, so ergibt sich das Strafmaß aus § 303; die Besitzentziehung oder Sachentwertung wird dann ebenso bestraft wie die Beschädigung einer Sache. also mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu 3 Jahren. Außerdem muß die Handlung den Erfordernissen der Sachbeschädigung gemäß vorsätzlich und rechtswidrig begangen sein, und eine Verfolgung der Tat ist durch die Stellung eines Antrages bedingt.

Auch Freisler [1]) muß zugeben, daß die Zulassung der Rechtsanalogie eine erhebliche Erweiterung der richterlichen Freiheit und der richterlichen Verantwortlichkeit nach sich zieht, weil sie den Richter vom Strafrahmen löst. Denn die Strafrahmen schließen sich an die Straftatbestände an, während der Rechtsanalogie-schluß nur des Anschlusses an die im Gesetz ausgesprochenen Grundsätze bedarf. Der Einwand, die in ihrer Aufgabe im Volksganzen sich bewußt gewordenen Richter würden deshalb zu ungefähr gleichen Ergebnissen hinsichtlich der Strafhöhe gelangen, weil ihre gemeinsame weltanschauliche Grundauffassung sich nicht nur in der Strafbegründung, sondern auch in der Strafzumessung auswirken werde, kann m. E. die erhobenen Bedenken nicht abschwächen. Gleiche Anschauungen von der Strafwürdigkeit einer Tat bedingen noch lange nicht gleiche Anschauungen über die Strafart und die Strafhöhe; gerade hinsichtlich der letzteren würden erhebliche Unterschiede bei den einzelnen Richtern zutage treten. Auch ein dahingehender Vorschlag, die Strafzumessung so zu regeln, daß der Richter bei der rechtsanalogen Anwendung den Strafrahmen aus dem Gesetz entnehmen solle, dessen Tatbestand mit der zu bestrafenden Handlung die größte Wesensähnlichkeit besitzt, beseitigt die Unsicherheit bei der Strafzumessung nicht. Denn dann würden wiederum bei den einzelnen Richtern verschiedene Anschauungen über die Frage, welches Gesetz am ähnlichsten sei, auftauchen. — Es ist zwar richtig, daß derjenige, der eine strafbare Handlung im Sinne hat, keinen irgendwie berechtigten Anspruch darauf besitzt, von vornherein berechnen zu können, wie vor Gericht seine Tat bestraft werden würde.[2]) Dies sollte jedoch nicht dazu Anlaß geben, den Richter durch Zulassung der Rechtsanalogie in der Strafzumessung fast vollkommen freizustellen.

Die Anschauung, daß die Notwendigkeit einer einheitlichen Rechtsprechung und das Erfordernis der Sicherheit bei der Strafzumessung nur zu einer Gestattung der Gesetzesanalogie führen könne, während der Rechtsanalogie im neuen Strafgesetzbuch kein Raum gegeben werden dürfe, hat viele Anhänger gefunden.[3])

[1]) aaO. S. 9.

[2]) Vgl. Exner aaO. S. 59, der hinzufügt. daß es vielleicht ganz gut sei, wenn die typischen Tatbestände von unzweifelhafter Strafbarkeit noch von einer durch Tatbestände zweifelhafter Strafbarkeit gebildeten Gefahrenzone umgeben seien. Dadurch würde die Gefahr gebannt werden, daß der mit dem Gesetz vertraute Täter durch die Maschen des Gesetzes schlüpfe, indem er sich haarscharf an der Grenze der Strafbarkeit bewegt.

[3]) Siegert, Deutsches Strafrecht aaO. S. 381 f. JW aaO. S. 891 ff. — Allfeld, Gerichtssaal aaO. S. 309 ff. — Maurach, Volksethik S. 20 f. —

Auch der in der ersten Lesung gefaßte Beschluß der Strafrechtskommission hat die erhobenen Bedenken nicht verkannt und sprach sich in der in ihm vorgeschlagenen Fassung des § 2 wie folgt aus:

„Ist die Tat nicht ausdrücklich für strafbar erklärt, aber eine ähnliche Tat in einem Gesetz mit Strafe bedroht, so ist dieses Gesetz anzuwenden, wenn der in ihm zugrunde liegende Rechtsgedanke und die gesunde Volksanschauung Bestrafung verdienen."

Demgegenüber hat die Strafrechtsdenkschrift der Akademie für Deutsches Recht neben der Gesetzesanalogie unter Verwerfung aller Bedenken auch die Rechtsanalogie gefordert und schlug folgende Fassung vor:

„Wer gegen ein Strafgesetz verstößt, wird nach der Strafandrohung dieses Gesetzes bestraft. Strafgesetz ist der vom Gesetzgeber gesetzte oder aus der deutschen nationalsozialistischen Volksanschauung geborene und durch Gesetzes- oder Rechtsangleichung gefundene strafrechtliche Rechtssatz."

2.) Läßt § 2 StGB die entsprechende Anwendung von Gesetzen im Wege der Rechtsanalogie zu?

Bevor diese Frage zu beantworten ist, muß darauf hingewiesen werden, daß die Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie bei der Erörterung über die Auswirkungen des § 2 StGB nicht etwa dadurch hinfällig geworden ist, weil diese Bestimmung neben der Forderung nach einer entsprechenden Gesetzesanwendung auch auf die gesunde Volksanschauung Rücksicht nimmt und diese ausdrücklich als zweite Rechtserkenntnisquelle neben dem Gesetz betrachtet. So behauptet z. B. Schinnerer,[1]) daß sich die Frage, ob § 2 StGB die Gesetzesanalogie oder die Rechtsanalogie gestatte, erübrige, weil die durch die Novelle vom 28. Juni 1935 erlaubte Rechtsschöpfung nicht eigentlich Analogie sei. Denn bei Anwendung des § 2 StGB sei der logische Denkvorgang des Richters ein anderer als beim Analogieschluß. Der Richter habe nicht von der Frage auszugehen, ob Wesensähnlichkeit mit einer Gesetzesbestimmung vorliege, sondern davon, ob eine Handlung nach gesunder Volksanschauung Bestrafung erfordere. Erst dann, wenn diese Frage bejaht sei, dürfe geprüft werden, ob der Grundgedanke eines Strafgesetzes als Stütze und Ausrichtung der Volksanschauung herangezogen werden könne. — Neben Schinnerer hält Frank[2]) die Bezeichnung „Analogie" im Zusammen-

Thierfelder aaO. S. 166. — Krug, Grundprobleme S. 99. — Ackermann aaO. S. 46.

[1]) aaO. S. 779.

[2]) Strafgesetzbuch S. 188.

hange mit § 2 StGB für unangebracht im Hinblick zur neugeschaffenen Rechtserkenntnisquelle der gesunden Volksanschauung. — Auch Becker[1]) stellt sich auf den Standpunkt, daß man nicht von einer Analogie im Strafrecht sprechen solle, da § 2 StGB vielmehr die Möglichkeit einer richterlichen Rechtsschöpfung festlege.

M. E. ist der § 2 StGB nicht so gefaßt, daß hierbei von Analogie nicht mehr gesprochen werden dürfte. Es ist zwar richtig, daß neben der Frage, ob der Grundgedanke eines Gesetzes auf einen im Gesetz nicht geregelten Tatbestand Anwendung findet, die Frage erörtert werden muß, ob auch die gesunde Volksanschauung Bestrafung verlange. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, daß der Richter zunächst[2]) — unabhängig von dem Erfordernis der Strafwürdigkeit nach der gesunden Volksanschauung — die Möglichkeit der entsprechenden Gesetzesanwendung zu prüfen habe, und dies ist eine rein analogische Tätigkeit. Der Umstand, daß außerdem auf die Rechtsanschauung des Volkes Rücksicht zu nehmen ist, verändert den Inhalt dieser Tätigkeit nicht, sondern gibt ihr nur eine besondere Richtung und setzt eine weitere Voraussetzung für die analoge Anwendung fest. Es steht infolgedessen nichts im Wege, von einer Einführung der strafbegründenden Analogie durch § 2 StGB n. F. zu sprechen, wie es auch die meisten Schriftsteller tun.

Eine andere Frage ist, ob die Novelle vom 28. Juni 1935 nur der Gesetzesanalogie oder darüber hinaus auch der Rechtsanalogie Raum gegeben hat. Eine klare Stellungnahme zu dieser Frage, wie sie bei den Vorschlägen der Strafrechtskommission und der Akademie für Deutsches Recht zum Ausdruck kam, enthält § 2 StGB nicht.

Aus dem Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission[3]) geht hervor, daß die Kommission in der zweiten Lesung bei der Prüfung der Frage, ob außer der Gesetzesanalogie auch die Rechtsanalogie zuzulassen sei, zu dem Ergebnis gekommen ist, daß eine scharfe Trennungslinie zwischen beiden Analogieformen nicht möglich sei. Infolgedessen ließe sich die Frage, inwieweit der Richter den Grundgedanken eines Strafgesetzes verallgemeinern dürfe, nicht allgemein beantworten. Vor allem sei zu beachten, daß der Verbotstatbestand stets aus dem Grundgedanken eines bestimmten Strafgesetzes zu entnehmen sei, wodurch dem Richter verwehrt würde, auf die höchsten Höhen der Betrachtung emporzusteigen und den in der Strafvorschrift enthaltenen Grundgedanken so zu verallgemeinern,

---

[1]) DJ 1937, S. 457.
[2]) nicht nachher, wie Schinner ausführt.
[3]) Schäfer in „Das kommende deutsche Strafrecht" Allgemeiner Teil S. 213. — Vgl. auch Lobe aaO. S. 130.

bis eine Verbindung mit dem gesetzlich geregelten Tatbestand nicht mehr vorhanden sei. — In dem Bericht wurde dann eine Fassung des § 2 zum Vorschlag gebracht, die später durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28. Juni 1935 zum Gesetz erhoben wurde.[1])

In der Literatur kam eine einhellige Meinung darüber, ob § 2 StGB n. F. auch die Rechtsanalogie zulasse, nicht zustande. Ein Teil der Schriftsteller[2]) stellte sich unter Hinweis auf den Bericht der Strafrechtskommission und auf den Wortlaut des § 2 S. 2 StGB auf den Standpunkt, § 2 gestatte die Rechtsanalogie. In § 2 erblickte man die Festlegung eines Strafrahmens für die Rechtsanalogie; die Rechtsanalogie sollte allerdings insoweit begrenzt sein, als der Verbotstatbestand einem bestimmten Strafgesetz entnommen werden müßte. Nun hat m. E. aber die Strafrechtskommission in ihrem Bericht von einer Zulassung der Rechtsanalogie gar nicht gesprochen, weil sie diesen Begriff nicht verwenden wollte. Darüber, ob § 2 StGB die Rechtsanalogie gestatte oder nicht, sagt der Bericht praktisch nichts. Was allerdings den Satz 2 des § 2 StGB angeht, so könnte man zur Ansicht gelangen, hier liege eine Anerkennung der Rechtsanalogie vor, denn wenn das Gesetz an dieser Stelle davon spricht, daß im Falle der Unmöglichkeit, ein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar anzuwenden, die Tat nach dem Gesetz zu bestrafen sei, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft, so setzt es doch hier anscheinend eine Analogie voraus, die auf mehreren Strafvorschriften beruht. Dem ist jedoch nicht so. § 2 S. 2 StGB muß im Zusammenhang mit § 2 S. 1 StGB begriffen werden. Aus § 2 S. 1 StGB geht indessen hervor, daß die Bestrafung „nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes“ zu erfolgen habe, womit nur die Gesetzesanalogie gemeint sein kann. Einen Hinweis auf den Geist der Strafgesetzgebung oder auf die entsprechende Anwendung mehrerer Gesetzesvorschriften, also auf die Rechtsanalogie enthält § 2 S. 1 StGB nicht. Ist somit in § 2 S. 1 StGB nur von der Gesetzesanalogie die Rede, so kann Satz 2 dieses Gesetzes nicht plötzlich einen Strafrahmen für die Rechtsanalogie festsetzen. Die Bestimmung des § 2 S. 2 StGB ist vielmehr dahin zu verstehen, daß sie für den Fall eine Regelung trifft, der die Möglichkeit offenläßt, von mehreren Gesetzen das eine oder das andere anzuwenden. Hierbei handelt es sich aber immer noch um Gesetzesanalogie. Der Umstand, daß mehrere

---

[1]) Die einzige Abweichung bestand darin, daß man das Wort „Volksanschauung“ durch „Volksempfinden“ ersetzte.

[2]) Schem aaO. S. 195 ff. — Schäfer JW aaO. S. 2324, DJ aaO. S. 994. — Brinkmann aaO. S. 1589. — Becker. Gerichtssaal S. 434 ff. — Dalcke aaO. S. 947.

Gesetzesvorschriften analog angewendet werden können, macht die analogische Tätigkeit noch nicht zu einer rechtsanalogischen. Von einer Rechtsanalogie kann nur dann gesprochen werden, wenn es unbedingt notwendig ist, mehrere Vorschriften zur Grundlage einer entsprechenden Gesetzesanwendung zu verwenden, wenn also eine einzelne Bestimmung allein nicht ausreicht. Soll nach § 2 S. 2 StGB die Tat nach dem Gesetz bestraft werden, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft, so wird demnach ein Fall getroffen, bei welchem die Möglichkeit besteht, diese oder jene gesetzliche Bestimmung gesetzesanalog anzuwenden, wobei die Anwendung des Grundgedankens eines einzelnen Gesetzes genügt.

Ein Beispiel soll dies erläutern: Der bekannten Entscheidung des Reichsgerichts über den Mißbrauch von Münzfernsprechern[1]) lag der Sachverhalt zugrunde, daß der Täter durch Gebrauch breitgeklopfter Zweipfennigstücke von einem Münzfernsprecher aus Telefongespräche mit Fernsprechteilnehmern geführt hatte. Da die angerufenen Personen mit dem Münzfernsprecher durch Selbstanschluß verbunden waren, erfolgte die Verbindung automatisch, also nicht durch Beamte in der Vermittlungsstelle. Der Sachverhalt bot die Möglichkeit einer Bestrafung auf Grund analoger Anwendung der §§ 146, 267 StGB und des § 1 des Gesetzes betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit in dem Sinne, daß die gesetzesanaloge Anwendung einer dieser Bestimmungen genügte, es also nicht erforderlich war, alle drei Strafgesetze oder zwei von ihnen gemeinsam rechtsanalog anzuwenden.[2]) — Einen solchen Fall hat § 2 S. 2 StGB im Auge: Den der Möglichkeit, von mehreren Vorschriften eine zur gesetzesanalogen Anwendung auszudehnen. Dann soll die Bestrafung nach dem Gesetz erfolgen, dessen Grundgedanke auf die Tat am besten zutrifft. In dem genannten Beispiel wäre die anzuwendende Bestimmung das Gesetz betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit, weil der Tatbestand dieses Gesetzes in seinen Grundgedanken auf die begangene Tat am besten paßt.

Die überwiegende Meinung der Literatur[3]) geht denn auch dahin, daß § 2 StGB lediglich die Gesetzesanalogie zulasse.

Das Reichsgericht hat in seinen nach Inkrafttreten der

---

[1]) RGSt. 68/65. — Vgl. Siegert, Münzfernsprecherurteil.

[2]) Das Reichsgericht hat sich gegen eine analoge Anwendung eines dieser Gesetze ausgesprochen. Es erübrigt sich in diesem Zusammenhange, auf die Begründung hierzu näher einzugehen.

[3]) Schinnerer aaO. S. 778. — Frank aaO. Anm. zu § 2. — Allfeld, Gerichtssaal 107, S. 309. — Schäfer-Lehmann-Dörffler aaO. § 2 Anm. 7. — Kohlrausch aaO. § 2 IV 3. — Maurach, Volksethik S. 20. — Krug, Grundprobleme S. 99.

Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935 ergangenen Entscheidungen,[1]) die sich mit der Anwendung des § 2 StGB n. F. befassen, zu der Frage, ob diese Bestimmung außer der Gesetzesanalogie auch die Rechtsanalogie gestatte, ausdrücklich bisher noch nicht Stellung genommen. Den von ihm behandelten Fällen lag immer ein Tatbestand zugrunde, der lediglich die Frage aufkommen ließ, ob eine Bestrafung im Wege der Gesetzesanalogie zu erfolgen habe. Mit der Rechtsanalogie befaßte sich keine Entscheidung, und es ist bis heute auch noch kein Urteil eines anderen deutschen Gerichts ergangen, das einen Rechtsbrecher im Wege der Rechtsanalogie bestraft hätte. Indessen dürfte aus der am 22. 4. 1937 (RGSt 71/193 ff) ergangenen Entscheidung gefolgert werden, daß das Reichsgericht mit der überwiegenden Meinung der Strafrechtsliteratur der Auffassung ist, daß § 2 StGB die Rechtsanalogie nicht erlaube. In der genannten Entscheidung sagt das Reichsgericht: „Die Analogie ist dann anzuwenden, wenn auf die Tat ein bestimmtes Strafgesetz keine unmittelbare Anwendung findet, sie aber nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient." Das Reichsgericht spricht hier also von der analogen Anwendung eines bestimmten Strafgesetzes und weist damit auf die Gesetzesanalogie hin. Würde es auch die entsprechende Anwendung von Gesetzen auf Grund der Rechtsanalogie für zulässig erachten, so hätte es wohl in dem ganz allgemein gehaltenen Satz darauf hingedeutet.

Der Umstand, daß § 2 StGB n. F. nur die Gesetzesanalogie zuläßt, bedeutet m. E. keine Lücke im Gesetz und birgt keine Gefahr für die Rechtssicherheit in sich. Das kommende Strafrecht wird bei der Aufstellung der Straftatbestände die auf Grund der kulturellen Entwicklung möglichen strafbaren Handlungen berücksichtigen und die Tatbestände so fassen, daß Fälle, bei denen man zur Rechtsanalogie greifen muß, kaum möglich werden. Fast alle Gesetzeslücken, die das Strafgesetzbuch von 1871 aufwies, sind heute durch die neue Gesetzgebung beseitigt worden, und diejenigen Lücken, die noch zu Tage treten sollten, werden zum allergrößten Teil mit Hilfe der Gesetzesanalogie überbrückt werden können. Strafwürdige Fälle, in denen zur Rechtsanalogie gegriffen werden muß, weil die Anwendung der Gesetzesanalogie als Grundlage der Bestrafung nicht ausreicht, sind äußerst selten und bis heute wohl nicht praktisch geworden. So hätte es z. B. der Schaffung eines Reichsgesetzes über die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit nicht bedurft, wenn damals die strafbegründende Gesetzesanalogie zugelassen gewesen wäre; und letztere hätte auch für all die anderen Fälle,

[1]) RGSt. 70/175, 70/186, 70/355, 70/377, 71/193.

die als strafwürdig erschienen, aber dem Gesetz unmittelbar nicht unterfielen, ausgereicht.[1])

Auch das von Becker[2]) genannte Beispiel für die Rechtsanalogie ist in Wirklichkeit ein solches für die Gesetzesanalogie. Becker weist darauf hin, daß aus den §§ 245 a, 296 StGB im Wege der Rechtsanalogie der allgemeine Rechtsgedanke hergeleitet werden könne, daß derjenige sich strafbar mache, der schon wiederholt wegen einer mit bestimmten Werkzeugen oder Geräten ausgeführten Tat bestraft worden sei, und daraufhin erneut im Besitz derartiger Gegenstände betroffen werde. So könne die Strafbarkeit einer wiederholt wegen gewerbsmäßiger Abtreibung bestraften Frau auf Grund rechtsanaloger Anwendung der §§ 245 a, 296 StGB hergeleitet werden, wenn diese Frau erneut in Besitz von nur zur Abtreibung dienlichen Gerätschaften betroffen werde. — M. E. ist eine analoge Ausdehnung der §§ 245 a, 296 StGB nach der von Becker bezeichneten Richtung gar nicht statthaft. Vielmehr ist daraus, daß in den §§ 245 a, 296 StGB die Gerätschaften im einzelnen genau aufgezählt sind, der Wille des Gesetzgebers erkennbar, daß nur der Besitz oder der Gewahrsam dieser Gegenstände strafbar sein solle. Andernfalls hätte er die Bestimmungen, die ja erst 1933 und 1935 in Kraft traten, anders gefaßt. Selbst wenn hier jedoch tatsächlich ein Analogiefall vorliegen sollte, so sicherlich ein Fall der Gesetzesanalogie, nicht aber der Rechtsanalogie; denn zur Bestrafung der genannten Fälle ist es nicht notwendig, sowohl den Grundgedanken des § 245 a StGB als auch den des § 296 StGB heranzuziehen, sondern es genügt die entsprechende Anwendung einer dieser Vorschriften, es handelt sich hierbei also um einen Fall der Gesetzesanalogie.[3])

Sollte im übrigen aber trotzdem einmal ein strafrechtlich noch nicht erfaßter Deliktstyp auftauchen, der gegen die Lebensinteressen des Volkes verstößt, und zu dessen Bestrafung die Gesetzesanalogie nicht ausreicht, so bleibt immer noch der Weg übrig, wie bei der lex van der Lubbe, ein Gesetz mit rückwirkender Kraft zu schaffen, und so die Straflosigkeit zu vermeiden. Es ist zwar zugegeben, daß dieser Weg keinesfalls einen Idealweg darstellt, denn das Strafgesetz soll grundsätzlich eine Richtschnur für ein zukünftiges Handeln gewähren. Doch ist dieser Weg immer noch vorteilhafter als die Gestattung einer strafbegründenden Rechtsanalogie, deren Nachteile als zu groß erscheinen.[4])

---

[1]) Vgl. Maurach, Volksethik S. 20 f.
[2]) Gerichtssaal 106. S. 435.
[3]) Vgl. hierzu Allfeld, Gerichtssaal aaO. S. 310.
[4]) Siegert JW aaO. S. 892.

3.) Die Rechtsmittel gegen Analogieentscheidungen.

Ebensowenig wie im Schrifttum eine einmütige Auffassung darüber herrscht, in welchem Maße man die Analogie zulassen soll, so sehr gehen die Anschauungen darüber auseinander, welche Rechtsmittel gegen Analogieentscheidungen gewährt werden sollen. Nur darin ist man einhelliger Ansicht, daß überhaupt die Möglichkeit geschaffen werden müsse, gegen Analogieentscheidungen eine höhere Instanz anzurufen. Die Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie spielt auch beim Problem der Rechtsmittelgewährung eine Rolle; und zwar insofern, als diejenigen, die die Zulassung allein der Gesetzesanalogie befürworten, andere Rechtsmittel gegen Analogieenscheidungen vorschlagen, als diejenigen, die neben der Gesetzesanalogie auch die Rechtsanalogie zulassen wollen. So wird die Zulassung der Revision insbesondere von denjenigen gefordert, die der Einführung lediglich der Gesetzesanalogie das Wort reden, so z. B. von Flitner.[1]) Dieser sieht die Voraussetzung für eine einheitliche Handhabung entsprechender Gesetzesanwendung nur darin, daß eine Revisionsinstanz besteht oder wenige Revisionsinstanzen vorhanden sind, die eine gleichmäßige Anwendung der Analogie gewährleisten. Er glaubt, daß das Vorhandensein einer Revisionsinstanz auf die Tatsacheninstanzen einwirken werde, eine sorgfältige Prüfung vorzunehmen, ob eine entsprechende Anwendung wirklich notwendig sei oder ob man ohne Analogie auskommen könne. Um jedoch andererseits ein allzu scheues Zurückweichen der Tatsacheninstanzen vor einer entsprechenden Anwendung zu verhindern, will Flitner die Revision auch in allen Fällen zulassen, in denen trotz Antragstellung der Anklagebehörde eine Entscheidung auf Grund der Analogie nicht stattgefunden hat. Er schlägt schließlich folgende Gesetzesfassung vor:

„Revision kann auch dann stets eingelegt werden, wenn ein Strafgesetz entsprechend angewendet worden ist, oder wenn eine entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes durch die Anklagebehörde zwar beantragt, durch das Gericht aber abgelehnt worden ist."

Neben Flitner halten Frank[2]) und Klee[3]) die Revision für das gegebene Rechtsmittel gegen Analogieentscheidungen.

Gegen die Einführung der Revision wurden bald Bedenken geltend gemacht, und zwar besonders von der Akademie für Deutsches Recht, also von einer Stelle, die neben der Gesetzesanalogie auch die Rechtsanalogie zulassen wollte. Man sagte,

[1]) aaO. S. 609.
[2]) Leitsätze S. 28.
[3]) aaO. S. 643.

eine Sicherungsmaßnahme wie die der Revision würde den „warnend erhobenen Finger des Gesetzgebers“ [1]) darstellen, der den Richter zum vorsichtigen und möglichst sparsamen Gebrauch der Analogie anhalte, wodurch das Bestreben der Untergerichte aufkommen könnte, ihre Urteile unbedingt revisionssicher zu machen, indem sie eine Verurteilung mit Hilfe der Analogie soweit wie möglich vermieden. Außerdem sah man die mit Mehrheitsbeschlüssen arbeitenden Kollegialgerichte nicht für die gegebenen Instanzen an, um der Rechtsprechung im Sinne der materiellen Gerechtigkeit zum Siege verhelfen zu können. Die Akademie für Deutsches Recht machte deshalb den Vorschlag, derartige Fälle in einer anderen Form einer Oberinstanz zu unterbreiten. Sie sollten zunächt sämtliche Instanzen durchlaufen und, falls die letzte Instanz die Anwendung eines im Wege insbesondere der Rechtsanalogie gefundenen Rechtssatzes ablehnen oder trotz eines Zweifelsfalles mit der analogen Anwendung eines Rechtssatzes einverstanden sein sollte, dann sollte die Begutachtung durch die Akademie für Deutsches Recht einsetzen. Damit sei eine Stelle zur letzten Entscheidung angerufen, die nicht nach Mehrheitsbeschlüssen arbeite, sondern letzten Endes durch ihren Führer.[2]) Eine derartige Sonderinstanz weise zwar auch Mängel auf, denn „jede Sonderaufsicht, die man einführt, ist Beweis eines vorhandenen Sondermißtrauens gegenüber dem, der mit der Sonderaufsicht beglückt ist;“ [3]) jedoch sei dieser Weg immer noch gangbarer als der, die Entscheidung lediglich dem Einfluß der Kollegialgerichte zu unterstellen, die eine gesunde Rechtsentwicklung hinderten.

Besondere Vorschläge finden sich noch bei Ostwald[4]) und Ackermann.[5])

Ostwald, ein Gegner der Zulassung sowohl der Gesetzesanalogie wie auch der Rechtsanalogie, greift auf das Allgemeine Landrecht zurück und will durch Verwendung der Artikel 46—48 Einleitung ALR eine Regelung für im Gesetz nicht vorgesehene Fälle finden. Nach diesen Bestimmungen mußte, wenn in streitigen Rechtsfällen Zweifel über den Sinn eines Gesetzes entstanden, die Gesetzeskommission angefragt werden. Der Beschluß dieser Kommission war für den antragenden Richter maßgebend, doch stand den Parteien die Möglichkeit offen, die ordentlichen Rechtsmittel in Anspruch zu nehmen. § 2 Anhang

---

[1]) Freisler aaO. S. 25 ff.
[2]) Freisler-Luetgebrune aaO. S. 12.
[3]) Freisler aaO. S. 26. — Schem aaO. S. 104 ff.
[4]) aaO. S. 440 ff.
[5]) aaO. S. 50.

zum ALR schrieb dann dem Richter vor, derartige Fälle nach Beendigung des Prozesses dem Justizminister für die zukünftige Gesetzgebung anzuzeigen. — Ähnlich war die Regelung in den Artikeln 49 und 50 ALR.[1]) — Ostwald will also diese altpreußische Regelung für Fälle anwenden, die nach Gesetzes- oder Rechtsanalogie zu entscheiden sind. Der Richter solle dem Reichsjustizminister Bericht erstatten, der Richter solle an diese Entscheidung gebunden sein, und den Parteien sollten die ordentlichen Rechtsmittel offenstehen. Der Richter der Rechtsmittelinstanz solle indessen das Recht haben, die Entscheidung des Reichsjustizministers aufzuheben und anders zu entscheiden.

Ackermann, gegen die Zulassung einer unbeschränkten Rechtsanalogie eingestellt, spricht sich für den Fall, daß das neue Strafrecht die Rechtsanalogie gestatte, dafür aus, den Vorschlag Ostwalds lediglich für die Rechtsanalogie zu verwenden. Ergebe sich die Strafbarkeit einer nach gesunder Volksanschauung strafbaren Handlung nicht aus dem Sinne einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift, sondern aus dem Prinzip der gesamten Strafgesetzgebung, so solle der Richter eine Bestrafung nur vornehmen dürfen, wenn sie vorher vom Reichsjustizministerium gebilligt worden sei.

Mir scheint der Weg der richtige zu sein, den das Gesetz vom 28. Juni 1935 gegangen ist, und der den Vorschlag Flitners verwirklicht. Danach[2]) kann die Staatsanwaltschaft Revision einlegen, wenn sie geltend macht, daß in dem angefochtenen Urteil die entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes zu Unrecht erfolgt oder nicht erfolgt sei. Über die Revision entscheidet auf Antrag der Staatsanwaltschaft statt des Oberlandesgerichts das Reichsgericht.

Die Vorschläge, die daraus hinauslaufen, zur Entscheidung von Analogiefällen eine Sonderinstanz anzurufen, die außerhalb der Rechtsprechung liegt, sei es die Akademie für Deutsches Recht, sei es das Reichsjustizministerium, sind schon insofern sehr bedenklich, als den Gerichten gegenüber ein zu großes Mißtrauen entgegengebracht wird. Es ist m. E. heute kein Grund mehr vorhanden, den Gerichten, insbesondere dem Reichsgericht,

---

[1]) Artikel 49: „Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muß er zwar nach den in den Landrechten angenommenen allgemeinen Grundsätzen und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen seiner besten Einsicht gemäß erkennen." — Artikel 50 schrieb dem Richter jedoch vor, die angebliche Gesetzeslücke dem Chef der Justiz anzuzeigen.

[2]) Vgl. Kap. I Artikel 2 § 1 Ziff. 1 a des Ersten Teiles der Notverordnung vom 14. Juni 1932 (RGBl. I S. 285), in der Fassung des Gesetzes vom 28. Juni 1935 (RGBl. I S. 844) und § 347a StPO.

die Fähigkeit abzusprechen, eine auf gesundem Volksempfinden beruhende Entscheidung zu finden. Außerdem liegen dle Aufgaben der Akademie für Deutsches Recht und des Reichsjustizministeriums auf anderen Gebieten als denen der Rechtsanwendung. Deshalb ist die Einführung der Revision, wie sie durch das Gesetz vom 28. Juni 1935 geschehen ist, durchaus zu billigen.

Schrifttumsverzeichnis.

Abegg: Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, Neustadt a. d. Orla 1836.

Ackermann: Das Analogieverbot im geltenden und zukünftigen Strafrecht. Strafrechtliche Abhandlungeu Bd. 348.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil. 1934, 9. Aufl.

„ Zum Problem der Analogie im Strafrecht. Gerichtssaal Bd. 107, S. 309 ff.

v. Bar: Handbuch des deutschen Strafrechts, 1. Bd.: Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien. Berlin, 1882.

Bauer: Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurteilung aller Strafrechtstheorien. Göttigen 1830.

„ Lehrbuch des Strafrechts. Göttingen 1883, 2. Aufl.

Becker: Die entsprechende Anwendung der Strafgesetze. Gerichtssaal Bd. 106, S. 432 ff.

„ Die richterliche Rechtschöpfung in der strafrechtlichen Praxis. Deutsche Justiz 1937, S. 457 ff.

Bekker: Theorie des heutigen deutschen Strafrechts. Leipzig, 1859.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig, 1871, 5. Aufl.

Binding: Handbuch des Strafrechts, 1. Bd. Leipzig, 1885.

„ Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts, Einleitung und allgemeiner Teil. Leipzig 1897. 5. Aufl.

Birkmayer: Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin, 1901.

Boldt: Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft. Berlin und Leipzig, 1936.

Breidenbach: Kommentar über das Großherzoglich Hessische Strafgesetzbuch, 1. Bd. 1. Abt. 1842, 1. Bd. 2. Abt. 1844.

Brinkmann: Grenzen analoger Anwendung von Strafgesetzen. Deutsche Justiz 1935, S. 1587.

Dahlen: Analogie und extensive Interpretation im Strafrecht. Diss. Köln, 1929.

Dalcke: Strafrecht und Strafprozeßrecht. Berlin, 1936.

Doerr: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1930

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1933.

Eick: Die Analogie im Strafrecht. Diss. Gießen, 1912.

Elster: Analogie als rechtswissenschaftliches Problem. Geistige Arbeit, 3. Jahrg., Nr. 16.

Elvers: Die Bedeutungen des Satzes „Nulla poena sine lege“ in seiner historischen Entwicklung. Göttingen, 1909.

Enneccerus-Nipperday: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung, 1931.

Escher: Die Lehre vom strafbaren Betruge. Zürich, 1840.

Exner: Gerechtigkeit und Richteramt. Zwei akademische Antrittsreden. Leipzig, 1922.

v. Feuerbach: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. 1799.

„ Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts. Herausgegeben von Mittermaier. Gießen, 1847.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Bd. 1904.

Flitner: Strafe ohne geschriebenes Gesetz. Preußische Justiz 1933, Nr. 46.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Nachtrag zur 18. Aufl.: Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931-1935, herausgegeben von Schäfer und Dohnanyi, 1936.

Frank, Hans: Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, 1. Teil, 1935.

Freisler: Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers? Schriften der Akademie für Deutsches Recht. Sonderdruck Nr. 2.

Freisler-Luetgebrune: Denkschrift des Zentralrechtsausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts. Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Heft 1.

Geib: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Band, Allgemeine Lehren. Leipzig, 1862.

v. Grolmann: Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde, 1. Teil, 1, Stück. Herborn und Hadamar, 1797.

„ Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft, 1. Ausg., 1798.

Gürtner-Freisler: Das neue Strafrecht. Grundsätzliche Gedanken zum Geleit. 1936.

Hafter: Lehrbuch des deutschen Strafrechts.

Hälschner: System des Preußischen Strafrechts, 1. Teil. Bonn, 1858.

Hefftter: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte. 6. Aufl., 1857.

Henke: Kriminalistische Versuche, 1. Bdchen. Berlin, 1807.

Henkel: Strafrichter und Gesetz im neuen Staat. 1934.

Hepp: Die Analogie in den verschiedenen Richtungen ihrer Anwendbarbarkeit auf dem Gebiete des Strafrechts. Archiv des Kriminalrechts n. F. Jahrg. 1846.

v. Hippel: Deutsches Strafrecht, 1. Bd., Allgemeine Grundlagen. 1925.

Hohbach: Übersicht der landständischen Verhandlungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Württemberg. Archiv des Kriminalrechts n. F. Jahrg. 1838. 4. Stück.

Hufnagel: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg, 1. Bd. 1840.

Jagemann-Brauer: Kriminallexikon. Erlangen 1854.

Jarcke: Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 1. Bd., Berlin, 1827.

Jordan: Über die Auslegung der Strafgesetze mit besonderer Rücksicht auf das gemeine Recht. Landshut, 1818.

Klee: Strafe ohne geschriebenes Gesetz. DJZ 1934 S. 639 ff.

Kleinschrod: Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, 2. Teil, 3. Aufl. 1805.

Köhler: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil. Leipzig, 1917.

Köstlin: System des deutschen Strafrechts, Allgem. Teil, Tübingen, 1855.

Kohlrausch: Strafgesetzbuch für das deutsche Reich mit Erläuterungen. 32. Aufl., 1936.

Kriminalgesetzbuch für das Herzogtum Braunschweig nebst den Motiven der Herzogl. Landesregierung und Erläuterungen aus den ständischen Verhandlungen. Braunschweig, 1840.

Krug: Studien zur Vorbereitung einer gründlichen Auslegung und richtigen Anwendung des Kriminalgesetzbuchs füs das Königreich Sachsen vom Jahre 1838, 1. Abt., Leipzig. 1838.

„ Die Grundsätze der Gesetzesauslegung. Leipzig, 1848.

Krug: Drei Grundprobleme des kommenden Strafrechts. ZAkDR, 1935 S. 98 ff.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. und 25. Aufl.

Lobe: Hoffnungen und Entwürfe. Einige Gedanken über die Beschlüsse der amtlichen Strafrechtskommission zweiter Lesung zum Allgemeinen Teil. Gerichtssaal Bd. 107, S. 108 ff.

v. Lilienthal: Grundriß zur Vorlesung über deutsches Strafrecht. 2. Aufl., 1900.

Luden: Handbuch des deutschen gemeinenen und partikularen Strafrechts. Jena, 1847.

Marezoll: Das gemeine deutsche Kriminalrecht. Leipzig, 1856.

Martin: Lehrbuch des deutschen gemeinen Kriminalprozesses. 1857.

Maurach: Grundlagen des räterussischen Strafrechts. Berlin, 1933.

„ Volksethik und Strafrecht. Berlin. 1934.

Merkel-Liepmann: Die Lehre vom Verbrechen und Strafe. Stuttgart, 1912.

Mitteilungen über die Verhandlungen des sächsischen Landtags vom Jahre 1836—1837.

Mittermaier: Der Entwurf zu einem Kriminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen. Archiv des Kriminalrechts n. F. Jahrg. 1836.

„ Über die Fortschritte der Strafgesetzgebung. Archiv des Kriminalrechts n. F. Jahrg. 1838, 1. Stück.

Mommsen: Römisches Strafrecht. Leipzig, 1899.

Niethammer: Ungeschriebenes Strafrecht. Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 55, Jahrg. 1936.

Oertmann: Gesetzeszwang und Richterfreiheit. Leipzig, 1909.

v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1916.

Olrik: in: Strafgesetzgebung der Gegenwart, 1. Bd.

Ostwald: Richterkönigtum, Führergrundsatz und Rechtsgestaltung. DJZ 1934 S. 440 ff.

von Preuschen: Die Gerechtigkeitstheorie. 2. Teil, 1839.

Reichel: Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehren der Gegenwart. Zürich, 1915.

Rosshirt: Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts. Heidelberg und Leipzig, 1828.

„ Abhandlungen zivilistischen und kriminalistischen Inhalts, 2. Band, 1837, 3. Bd. 1839.

Savigny: System des heutigen Römischen Rechts, 1. Bd. Berlin, 1840.

Schäfer: Nullum crimen sine poena. Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil 1935, S. 200 ff.

„ Das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28. Juni 1935. JW 1935, S. 2323 ff.

Schäfer: Die Einzelheiten der Strafgesetznovelle vom 28. Juni 1935. Deutsche Justiz 1935, S. 994 ff.

Schäfer-Lehmann-Dorffler: Novellen zum Strafrecht und Strafverfahren von 1935. Berlin 1936.

Schem: Die Analogie im Strafrecht. Strafrechtliche Abhandlungen Bd. 369.

Schinnerer: Analogie und Rechtsschöpfung. Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 55. Jahrg. 1936, S. 768 ff.

Schottlaender: Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: Nulla poena sine lege. Strafrechtliche Abhandlungen Bd. 132.

Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig, 1874, 2. Aufl.

Schwartz: Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch. 1914.

Schwarz: Die Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935. Gerichtssaal Bd. 106, S. 245 ff.

„ Die Rechtsanalogie in der Praxis. ZAkDR 1936, S. 287 ff.

Siegert: Münzfernsprecherurteil und Strafrechtsanalogie in: Der junge Rechtsgelehrte, 1934. Nr. 20.

„ Auslegung und Analogie im heutigen Strafrecht. JW 1935, S. 889 ff.

„ Nulla poena sine lege. Kritische Bemerkungen zu den Vorschlägen der amtlichen Strafrechtskommission. Deutsches Strafrecht, neue Folge, 1. Bd. S. 376 ff.

Stübel: System des allgemeinen peinlichen Rechts. 1. Bd. 1795.

Thibaut: Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts. 2. Aufl., 1806.

Thierfelder: Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage. Tübingen. 1934.

Thomsen: Das Deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil. Berlin, 1906.

Thyren: Die beiden Vorentwürfe zu einem dänischen Strafgesetzbuch. Deutsche Strafrechtszeitung, 6. Jahrg. 1919.

Tittmann: Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft und der deutschen Strafrechtskunde. 2. Aufl.. 1822.

Verhandlungen der württembergischen Kammer der Abgeordneten von 1838.

Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München, 1914.

von Wächter: Lehrbuch des Römisch-Deutschen Strafrechts, 1. Teil, 1825.

„ Über Gesetzes- und Rechtsanalogie im Strafrecht. Archiv der Kriminalrechtswissenschaft n. F. Jahrg. 1844.

v. Wächter: Das Königlich Sächsische und das Thüringische Strafrecht. Einleitung und allgemeiner Teil, 1857.

Walchner: Geschichte der Stadt Radolphzell. 1825.

Weber: Von der unvermeidlichen Unvollkommenheit und insbesondere Unvollständigkeit jedes Strafgesetzbuches. Pölitz Jahrbücher der Geschichte und Politik. 1837. Aprilheft.

Zoepfel: Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V, 1875.

Reichsgerichtsentscheidungen:

RGSt, 29/116, 32/185, 47/360, 59/412, 68/65, 70/175, 70/186, 70/355, 70/377, 71/193.

Lebenslauf.

Am 1. April 1912 wurde ich als Sohn des Volksschulrektors, späteren Mittelschulrektors Josef Korgel und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Sobawa in Mechtal (Oberschlesien) geboren. Nach öfterem Schulwechsel legte ich Ostern 1932 am Realgymnasium in Beuthen O./S. die Reifeprüfung ab.

Anschließend studierte ich in Freiburg i. Br., Frankfurt a. M. und Halle a. S. Rechtswissenschaft. Am 4. Juli 1936 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt in Naumburg (Saale) die erste juristische Staatsprüfung und trat am 1. Februar 1937 als Gerichtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk Breslau in den Vorbereitungsdienst ein.

Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 27. April 1938 ab.

Johannes Korgel